ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества

М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

Предс. Админ. Отд. **В. М. Гессена** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова**

Томъ VII

(ПЕРВОЕ ПОЛУГОДІЕ 1913 г.)

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія т-ва „Общественная Польза", Б. Подъяческая, № 39.
1913.

ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

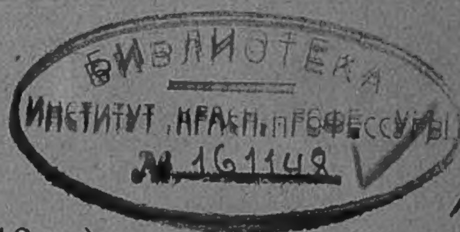
ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества

М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

Предс. Админ. Отд. **В. М. Гессена** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова**



ТОМЪ VII

(ПЕРВОЕ ПОЛУГОДІЕ 1913 г.)

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія т-ва „Общественная Польза“, Б. Подъяческая, № 39.
1913.

СРОК ВОЗВРАТА КНИГИ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

СТРАН.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

5 февраля 1913 г.

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія Общества *В. М. Гессена*.

Предметомъ занятій служило сообщеніе дѣйствительнаго члена Общества *бар. Б. Э. Нольде*: *„Законы основные въ русскомъ правѣ“*.

По открытіи засѣданія слово предоставляется докладчику *бар. Б. Э. Нольде*, сообщившему слѣдующее [1]):

Можетъ казаться, что нѣтъ надобности вновь останавливаться—притомъ въ засѣданіи спеціальнаго общества—на столь всѣмъ знакомомъ и ясномъ понятіи. Если я, тѣмъ не менѣе, рѣшаюсь вернуться къ нему, то только потому, что, на мой взглядъ, до сихъ поръ не всѣ связанные съ нимъ въ русскомъ правѣ вопросы получили разъясненіе. Само собой разумѣется, я далекъ отъ мысли, что мнѣ удастся освѣтить всѣ темныя мѣста; имѣющіяся въ печати данныя относительно возникновенія дѣйствующихъ основныхъ государственныхъ законовъ слишкомъ скудны, чтобы на это разсчитывать. Тѣмъ не менѣе, если придется выяснить хоть немногое, попытка будетъ оправдана, ибо дѣло идетъ о той части законодательства, которая имѣетъ громадную важность. Недаромъ сто лѣтъ тому назадъ основные законы опредѣлялись, какъ „законы, основаніе державы составляющіе“.

Долженъ добавить, что есть и нѣкоторый внѣшній поводъ къ тому, чтобы остановиться на разсматриваемомъ вопросѣ. Въ последней книгѣ Журнала Министерства Юстиціи за прошлый годъ появилась работа А. Н. Макарова „Къ исторіи кодификаціи

[1]) Докладъ былъ напечатанъ въ „Правѣ“, 1913 г., №№ 8 и 9.

основныхъ законовъ,—работа, представляющая первую попытку, на основаніи архивовъ, прослѣдить исторію выработки прежней редакціи этихъ законовъ. Собранныя авторомъ свѣдѣнія заслуживаютъ вниманія и ихъ слѣдуетъ использовать.

I.

Въ сводѣ основныхъ государственныхъ законовъ изд. 1906 г. въ трехъ статьяхъ упоминается самое понятіе основного закона. Эти статьи гласятъ:

8. Государю Императору принадлежитъ починъ по всѣмъ предметамъ законодательства. Единственно по его почину основные государственные законы могутъ подлежать пересмотру въ государственномъ совѣтѣ и государственной думѣ.

107. Государственному совѣту и государственной думѣ въ порядкѣ, ихъ учрежденіями опредѣленномъ, предоставляется возбуждать предположенія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ и изданія новыхъ законовъ, за исключеніемъ основныхъ государственныхъ законовъ", починъ пересмотра которыхъ принадлежитъ единственно Государю Императору.

125. Учрежденіе о Императорской Фамиліи (ст. 126—223 и приложенія II—IV и VI), сохраняя силу законовъ основныхъ, можетъ быть измѣняемо и дополняемо только лично Государемъ Императоромъ въ предуказываемомъ имъ порядкѣ, если измѣненія и дополненія сего учрежденія не касаются законовъ общихъ и не вызываютъ новаго для казны расхода.

Первое, что бросается въ глаза въ воспроизведенныхъ постановленіяхъ, это заключающіеся въ нихъ элементы двоякаго представленія объ основномъ законѣ: съ одной стороны, съ этимъ понятіемъ въ статьяхъ 8 и 107 связывается представленіе о нѣкоторомъ необходимомъ осложненіи порядка изданія этихъ законовъ, сравнительно съ законами обыкновенными, осложненіи, заключающемся въ исключительности почина Государя Императора, а съ другой стороны, изъ ст. 125 оказывается, что основнымъ же закономъ можетъ быть признанъ и актъ, издаваемый въ порядкѣ менѣе сложномъ, нежели законъ обыкновенный, а именно безъ участія государственнаго совѣта и государственной думы.

Н. И. Лазаревскій (Лекціи, I, 1907, 123) думаетъ, что изъ двухъ взаимно противорѣчивыхъ пониманій словъ „основные законы" второе не имѣетъ значенія. По его мнѣнію, соотвѣтствую-

щее постановленіе ст. 125 „надо признать и въ редакціонномъ отношеніи, и по существу основаннымъ на сплошномъ недоразумѣніи“.

Если даже допустить, что для догматики права законной можно считать столь рѣшительную „экзекуцію“ статей закона, то и въ этомъ случаѣ стоитъ задуматься надъ тѣмъ, откуда произошло усмотрѣнное авторомъ въ основныхъ законахъ „сплошное недоразумѣніе“. Два несогласимыхъ пониманія основныхъ законовъ непосредственно вытекли изъ историческаго процесса постепеннаго отложенія въ нашемъ правѣ той части законодательства, которое мы теперь называемъ основнымъ. Этотъ процессъ даетъ ключъ и къ догматическому разъясненію дѣйствующаго права.

Литература русскаго государственнаго права до политической реформы мало задумывалась надъ понятіемъ основныхъ законовъ въ Россіи. Слѣдуя въ этомъ отношеніи своду, который нигдѣ, кромѣ заглавія первой части перваго тома, объ основныхъ законахъ не упоминалъ, ученые, разсуждая и о законахъ, и о существѣ и устройствѣ верховной власти въ Россіи, спокойно умалчивали о томъ, каково содержаніе этого понятія. Такъ поступали: Андреевскій (Русское государственное право, I, 1866), Романовичъ-Славатинскій (Пособіе, I, 1872), Градовскій (Начала, I), Сокольскій (Краткій учебникъ, 1890), Ивановскій (Русское государственное право, 1896), Куплевасскій (Русское государственное право, I, 2 изд., 1902), Алексѣевъ (Русское государственное право, 5 изд., 1905), Engelmann (Staatsrecht des Russischen Reiches, 1889). Только Коркуновъ (Русское государственное право, II, 7 изд., 1913, стр. 51 и сл.) обратилъ вниманіе на вопросъ объ основныхъ законахъ, высказавъ нѣсколько интересныхъ соображеній догматическаго характерера, но и онъ не заинтересовался происхожденіемъ самаго понятія въ русскомъ правѣ. Литература послѣ политической реформы естественно сосредоточила все вниманіе на новомъ, введенномъ въ 1906 г., пониманіи основныхъ законовъ и лишь мимоходомъ касалась стараго; происхожденіе послѣдняго такъ и осталось неуясненнымъ.

Всѣмъ извѣстно лишь то обстоятельство, что съ появленіемъ свода 1832 г. появились и основные законы. Откуда взялъ Сперанскій эту юридическую категорію и почему онъ пришелъ въ необходимость поставить ее въ преддверіи свода, таковъ первый вопросъ, на который я попытаюсь отвѣтить.

*

II.

Понятіе законовъ основныхъ было закрѣплено въ 1832 г. въ русскомъ правѣ кодификаціоннымъ порядкомъ, но Сперанскій не первый остановился, приводя въ порядокъ наше законодательство, на мысли отдѣлить въ его составѣ основные законы. Первымъ былъ Розенкампфъ.

Въ 1815 г. комиссія составленія законовъ, по счету Сперанскаго [1]) десятая изъ многочисленныхъ комиссій, не осилившихъ за сто двадцать шесть лѣтъ задачи приведенія въ извѣстность русскаго законодательства, издала „Систематическій сводъ существующихъ законовъ россійской имперіи, съ основаніями права изъ оныхъ извлеченными", томъ первый. Въ этомъ Сводѣ было помѣщено вступленіе, подъ заглавіемъ „О законахъ вообще", содержавшее попытку выяснить ученіе о законѣ по русскому праву, въ формѣ законодательныхъ тезисовъ, съ воспроизведеніемъ источниковъ, изъ которыхъ тезисы были извлечены. Почему систематическій сводъ, въ остальныхъ своихъ частяхъ посвященный цѣликомъ „праву лицъ", т. е., по нашему, главнымъ образомъ гражданскому праву, счелъ нужнымъ сдѣлать этотъ вступительный экскурсъ въ область основныхъ вопросовъ государственнаго права и притомъ экскурсъ въ одно и то же время довольно притязательный и отрывочный, не вполнѣ ясно. Въ предувѣдомленіи къ своду говорилось, что это дѣлается „для лучшаго обозрѣнія разныхъ частей, которыя издаваемы будутъ". Но, надо полагать, вступленію „О законахъ вообще" придавалась составителями и самостоятельная цѣнность. Объ этомъ свидѣтельствуетъ тотъ фактъ, что черезъ три года появился новый томъ Свода, заключавшій въ себѣ „Общее дополненіе къ первой части", гдѣ составители весьма тщательно исправляли тезисы упомянутаго вступленія, никакихъ задачъ „обозрѣнія" дальнѣйшихъ частей ихъ свода не преслѣдовавшіе, напримѣръ, устанавливали „главнѣйшее правило, по которому Самодержецъ располагаетъ" властью, усматривая его въ актѣ священнаго союза. Та же забота о выясненіи основныхъ положеній русскаго государственнаго права видна и въ другомъ изданіи комиссіи: „Основанія россійскаго права, извлеченныя изъ существующихъ законовъ Россійской имперіи", въ первомъ томѣ ко-

---

[1]) Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній, 1833, 34.

торыхъ (1818) снова появляется вступленіе, взятое изъ Свода и Общаго дополненія.

Попытка комиссіи Розенкампфа во многихъ отношеніяхъ заслуживаетъ вниманія. Я вернусь ниже къ доказательствамъ вліянія ея на сводъ Сперанскаго. Здѣсь важно отмѣтить, что въ ученіи о законѣ, составляющемъ ея содержаніе, появляется опредѣленно выраженное представленіе о существованіи, наряду съ обыкновенными законами, „законовъ коренныхъ“, „законовъ, основаніе державы составляющихъ“. § 2 (цитирую тезисы комиссіи по окончательному ихъ тексту въ Основаніяхъ) гласитъ: „*Коренные законы государства* необходимо предполагаютъ среднія власти, т. е. правительства подчиненныя, чрезъ которыя дѣйствуетъ власть Государя...“; §§ 6 и 8, намѣчая классификацію законовъ, устанавливаютъ: „Положительные законы имѣютъ два главные предмета: 1) положеніе государству: 2) положеніе гражданину. Законы, къ первому относящіеся, составляютъ право общее или государственное... Въ общемъ правѣ заключаются: I. Законы, основаніе державы составляющіе. II. Постановленія, къ управленію принадлежащія“.

Не трудно установить, откуда почерпаютъ составители Свода и Основаній 1815—1818 г.г. приведенныя формулы. Цитаты ихъ даютъ нить. Оказывается, что въ русскомъ законодательномъ обиходѣ къ началу XIX вѣка понятіе основныхъ законовъ усвоено довольно твердо. Нельзя не отмѣтить, прежде всего, что въ работахъ законодательныхъ комиссій предшествующаго времени постоянно сказывается сознаніе необходимости выдѣлить въ особую группу законы, касающіеся основъ государственнаго бытія и устройства, хотя бы этой группѣ и не присваивалось при этомъ наименованіе коренныхъ или основныхъ законовъ. Въ Высочайше утвержденномъ 28 февраля 1804 г. докладѣ министра юстиціи, подъ начальствомъ котораго комиссія составленія законовъ находилась съ 1803 г. (п. с. з., 21.187, о преобразованіи комиссіи составленія законовъ), можно прочесть слѣдующее „Начертаніе“ плана будущихъ законодательныхъ работъ: „Расположеніе сіе, представляемое при семъ на Высочайшее усмотрѣніе Вашего Императорскаго Величества, содержитъ въ себѣ шесть слѣдующихъ частей. Первая часть заключаетъ въ себѣ законы, до правленія государственнаго относящіеся, какъ-то: изложеніе священныхъ правъ Императорскаго Величества и Высочайшей Фамиліи, отношенія подданныхъ къ Государю; также постановленія правительственныхъ мѣстъ, верховною властью утвержденныхъ.

Во второй части помѣщаются общія основанія, или начала права. Сюда принадлежатъ: опредѣленіе качествъ, свойственныхъ законамъ; ихъ общее раздѣленіе; образъ изданія ихъ, обнародованія и уничтоженія"... Въ свою очередь, эти разсужденія покоятся на болѣе раннихъ работахъ комиссіи составленія законовъ. Еще въ 1799 г. „съѣздъ сенаторовъ вообще съ чиновниками, опредѣленными для составленія о законахъ книги", который былъ созданъ Императоромъ Павломъ для подготовки плана законодательныхъ работъ, одобрилъ составленный наиболѣе дѣятельнымъ кодификаторомъ того времени Ананьевскимъ планъ книги о законахъ, въ которомъ всѣ законы дѣлились на „право общее"—„относительно сохраненія цѣлости, добраго порядка и тишины государства" и „право особенное"—„относительно лицъ, вещей и обязательствъ государственныхъ жителей". Къ праву „общему" съѣздъ относилъ слѣдующіе предметы: „въ составѣ первомъ—о власти самодержавной и отъ оной учрежденныхъ судебныхъ мѣстъ и прочихъ правленій...; въ составѣ второмъ—о внутреннемъ распредѣленіи государства на части и о существенномъ тѣхъ частей состояніи..; въ составѣ третьемъ—о существующихъ въ государствѣ христіанскихъ вѣрахъ и о иновѣріи и о наблюденіи относящихся къ сему правилъ и обрядовъ, не касаясь догматовъ, составляющихъ христіанскія вѣры и иновѣріе"... (всего предполагалось семь составовъ; остальные насъ не интересуютъ) [1]).

Ананьевскій, сенаторы и чиновники опять-таки не могутъ считаться творцами приведенной классификаціи русскихъ законовъ. Мы увидимъ ниже, что они слѣдовали по тому пути, который намѣченъ былъ въ царствованіе Императрицы Екатерины, въ связи съ самой замѣчательной изъ всѣхъ законодательныхъ комиссій, комиссіей 1767 г. Но если, какъ я постараюсь показать, Екатерина первая дала теоретическую конструкцію той части нашего законодательства, которая впослѣдствіи составила содержаніе основныхъ законовъ, то все же слѣдуетъ отмѣтить, что свойственное всѣмъ законодательнымъ комиссіямъ стремленіе разобраться въ основахъ русской государственной организаціи присуще и предшествующимъ кодификаціоннымъ работамъ. Первая законодательная комиссія, которая на этой задачѣ остановилась, была елизаветинская комиссія 1754—1766 г.г. Какъ извѣстно, результатомъ работъ этой комиссіи

---

[1]) Майковъ, Второе Отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи 1826—1882, 1906, 11 и прим.

были три части уложенія, а именно: о судѣ, о розыскныхъ дѣлахъ и о состояніи подданныхъ вообще. Часть о судѣ начиналась главой, подъ заглавіемъ „О разныхъ въ нашемъ государствѣ правительствахъ и какія до котораго правительства дѣла надлежатъ". Объ этомъ раннемъ опытѣ общей законодательной характеристики нашего государственнаго порядка, оставшемся до сихъ поръ не обнародованнымъ, изучавшій его В. Н. Латкинъ говоритъ, что онъ „содержитъ въ себѣ перечисленіе и опредѣленіе компетенціи государственныхъ учрежденій. Нужно впрочемъ замѣтить, что большинство этихъ опредѣленій изложено въ высшей степени кратко и въ крайне общихъ выраженіяхъ, даже, напримѣръ, о сенатѣ говорится только въ нѣсколькихъ строкахъ" [1]).

Если всѣ эти первоначальные наброски будущихъ русскихъ основныхъ законовъ сопоставить съ тѣми положеніями, которыя содержались въ Розенкампфовскихъ Сводѣ и Основаніяхъ 1815—1818 г.г. и съ которыхъ я началъ мой историческій очеркъ, то разница между ними будетъ сводиться къ тому, что Сводъ и Основанія пользуются для обозначенія извѣстной совокупности ранѣе выдѣленныхъ положеній, касающихся основъ русскаго государственнаго устройства, именемъ „законы коренные", между тѣмъ какъ ранѣе прибѣгали съ той же цѣлью къ разнаго рода описательнымъ формуламъ, какъ будто не сознавая особенно важное значеніе этихъ положеній. Если въ трудахъ Розенкампфа опредѣленно сказывается сознаніе необходимости выдѣлить въ составѣ русскаго законодательства законы коренные, то объясняется это вовсе не тѣмъ, что Розенкампфъ первый придумалъ это понятіе или первый его перенесъ въ Россію съ Запада, а тѣмъ, что въ его трудахъ ярче, чѣмъ прежде, отразилось вліяніе тѣхъ двухъ главныхъ попытокъ „теоретизаціи" русскаго государственнаго строя, которыя связаны съ Наказомъ, съ одной стороны, и съ Александровскимъ законодательствомъ первой половины его царствованія, съ другой. Екатерина II, Александръ I и Сперанскій ввели въ русскій законодательный обиходъ понятіе основныхъ законовъ, а Розенкампфъ имъ воспользовался при кодификаціонной работѣ, служившей по существу лишь продолженіемъ дѣятельности предшествующихъ законодательныхъ комиссій.

Самостоятельное представленіе о коренныхъ законахъ появляется

---

[1]) Проектъ новаго уложенія, составленный законодательной комиссіей 1754—1766 г.г., 1893 пред. VII; ср. Латкинъ, Законодательныя комиссіи въ Россіи, I, 1887, 143 сл.

въ законодательствѣ Екатерины и Александра не случайно. Напротивъ того, оно необходимо и тѣсно связано съ общимъ смысломъ того новаго, что появлялось съ этимъ законодательствомъ въ Россіи. Черезъ Наказъ пришло въ Россію вліяніе французскихъ теоретиковъ государственнаго порядка середины XVIII столѣтія, въ законодательствѣ Александровскаго времени впервые мы соприкасаемся съ конституціонными вѣяніями Запада эпохи революціи.

Одинъ изъ проницательнѣйшихъ историковъ государственной доктрины новаго времени замѣчаетъ: „Политическая исторія ancien régime есть, говоря юридически, процессъ формализаціи понятія конституціи“ [1]). Въ самомъ дѣлѣ, исходя изъ представленія о существованіи основныхъ законовъ, какъ законовъ, опредѣляющихъ основы государственнаго устройства, т. е. понятія матеріальнаго, старый порядокъ пришелъ къ сознанію, что эти коренные законы имѣютъ сравнительно съ законами обыкновенными высшій авторитетъ, ибо измѣненіе ихъ не зависитъ отъ власти короля, т. е. намѣчалъ понятіе законовъ основныхъ въ формальномъ смыслѣ этого слова. Можно смѣло сказать, что вся французская политическая литература, посвященная изученію положительнаго права, цѣликомъ проникнута этимъ понятіемъ „основныхъ законовъ“, будь то въ болѣе раннемъ матеріальномъ ихъ опредѣленіи или болѣе позднемъ формальномъ. Императрица Екатерина II переноситъ всѣ эти представленія въ Россію, заимствуя ихъ у Монтескье. Достаточно вспомнить самыя извѣстныя положенія Наказа, чтобы въ томъ убѣдиться. Возьмемъ главы третью и четвертую, содержащія ученіе Императрицы о законѣ, всего лучше во французскомъ текстѣ, гдѣ близость къ западной теоріи сказывается нагляднѣе [2]). Chapitre III. 17. De la sureté de la *Constitution de l' Etat*. 18. Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendans constituent la nature du gouvernement. 19. J'ai dit: les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendans: en effet, le Souverain est la source de tout pouvoir politique et civil. 20. *Les Lois fondamentales d'un Etat* supposent nécessairement des canaux moïens, c'est à dire des tribunaux, par où se communique la puissance souveraine. 21. Des Loix qui permettent à ces tribunaux de faire des repré-

---

[1]) Egon Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909, 145.

[2]) Въ послѣднѣе время теорія „основныхъ законовъ“ стараго порядка усердно изучаются, за границей и у насъ. Ср. въ особенности книгу Ѳ. В. Тарановскаго, Догматика положительнаго государственнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ, 1911.

sentations que tel Edit est contraire au Code des Lois; qu'il est nuisible, obscur, impraticable dans l'exécution; qui déterminent d'avance à quels ordres ont doit obeïr, et comment ou doit les exécûter: de telles Loix rendent fixe et ineabranlable la *constitution d'un Etat*. Chapitre IV. 22. Il faut un Dépot des Lois 23. Ce Depot ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les Loix lorsqu'elles sont faites, et les rappellent lorsqu'on les oublie. 28. Si l'on demande... ce que c'est que le Dépot des Lois, je réponds: le Dépot des Loix consiste dans une institution particuliére, en conséquence de laquelle les corps ci-dessus mentionnés, établis pour faire observer la volonté du Souverain conformément *aux Lois fondamentales et à la constitution de l'Etat*, sont tenus de se conduire dans l'exercice de leurs fonctions, suivant les formes réguliéres qui leur sont prescrites... Непосредственная близость этихъ положеній къ ученіямъ французскихъ теоретиковъ стараго порядка несомнѣнна. Екатерина II взяла ихъ изъ Франціи, черезъ посредство Монтескье [1]), который, въ свою очередь, въ этомъ отношеніи, являлся лишь выразителемъ ходячихъ представленій [2]). Какъ извѣстно, Духъ Законовъ опредѣляетъ монархію, какъ власть одного, осуществляемую согласно твердымъ и установленнымъ законамъ (celui oû un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies). Основнымъ содержаніямъ коренныхъ законовъ монархіи въ его глазахъ является, во-первыхъ, наличность такъ наз. „посредствующихъ властей" [3]) и, во-вторыхъ, существованіе такъ наз. „хранилища

---

[1]) Я не касаюсь здѣсь существенныхъ отличій ученія Наказа и взглядовъ Монтескье по вопросу о положительномъ содержаніи „конституціи"-монархіи. Ѳ. В. Тарановскій (Политическая доктрина въ Наказѣ Императрицы Екатерины II, Сборникъ статей по исторіи права, посвященный В. Ф. Владимірскому-Буданову. 1904, 44 сл.) установилъ, что, если для Монтескье монархія съ основными законами должна носить сословный характеръ, то Наказу она, напротивъ того, представляется скорѣе бюрократической. Въ недавней работѣ—Судьба Наказа Императрицы Екатерины II во Франціи, Ж. М. Ю., 1912, янв., 100 сл.—тотъ же авторъ приводитъ любопытныя доказательства, что именно эта особенность Наказа по сравненію съ Духомъ Законовъ заставила французскихъ теоретиковъ использовать Наказъ для своихъ цѣлей, несмотря на его компилятивный въ общемъ характеръ.

[2]) Тарановскій, Догматика, 490 сл.

[3]) Les pouvoirs intermédiaires subordonnés et dépendans constituent La nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui oú un seul, gouverne par des lois fondamentales. J'ai dit les pouvoirs intermédiaires,

законовъ“ [1]), т. е., переводя на языкъ французскаго положительнаго права того времени, сословныхъ чиновъ и парламентовъ. Я не буду говорить о томъ, какія во многихъ отношеніяхъ неожиданныя подробности внесла Екатерина II въ заимствованныя у Монтескье положенія, какъ въ ея изложеніи мѣсто французскихъ парламентовъ, въ качествѣ хранилища законовъ, занялъ Петровскій сенатъ, а право представленія, принадлежавшее этимъ парламентамъ, превратилось въ право слѣдить за соотвѣтствіемъ указовъ уложенію царя Алексѣя Михайловича,—для насъ важно въ эту минуту лишь зарегистрировать первый источникъ понятія „коренныхъ законовъ“ въ русскомъ правѣ.

Рожденіе этого понятія уже потому не могло пройти безслѣднымъ, что оно появилось въ Наказѣ. Роль Наказа въ исторіи русскаго законодательства едва ли можно считать окончательно выясненною [2]), но не можетъ быть сомнѣнія въ его большомъ вліяніи на всю послѣдующую кодификціонную работу въ Россіи. Въ частности, можно безъ труда доказать, что всѣ попытки намѣтить рамки будущихъ основныхъ законовъ, которыя я выше перечислилъ, складывались подъ непосредственнымъ воздѣйствіемъ идей, которыя Екатерина II связывала съ заимствованнымъ ею изъ Франціи понятіемъ коренныхъ законовъ. Въ этомъ убѣждаетъ насъ прежде всего программа законодательныхъ работъ, которую сама Екатерина извлекла изъ Наказа, когда рѣчь зашла о составленіи ближайшаго наставленія законодательной комиссіи при переходѣ ея къ конкретнымъ задачамъ составленія уложенія. Въ этомъ начертаніи о приведеніи къ окончанію комиссіи проекта новаго уложенія 8 апрѣля 1768 г. (П. С. З., 13095) задача кодификаціи основъ русскаго государственнаго права подъ угломъ зрѣнія Наказа была намѣчена такъ: „Большій, данный комиссіи

---

subordonnés et dépendans: en effet dans la monarchie, le prince est la source de tout pouvoir politique et civil. Ces lois fondamentales supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance: car s'il n'y a dans l'état que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, rien ne peut être fixe, et par conséquent aucune loi fondamentale. Le pouvoir intermédiaire subordonnè le plus naturel est l'aristocratie... (II, 4).

[1]) Il ne suffit pas qu'il y ait dans une monarchie des rangs intermèdiaires; il faut encore un dépôt de lois. Ce dépôt ne peuf être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites, et les rappellent lorsqu'on les oublie... (II, 4).

[2]) Чечулинъ въ академическомъ изданіи Наказа, 1907, CXLVII сл., собралъ нѣкоторыя данныя, однако едва ли достаточныя.

наказъ—говорится здѣсь,—полагая начальнымъ основаніемъ то, что мы обязаны дѣлать другъ другу добро, сколько возможно, выводитъ нижеписанныя естественныя слѣдствія: 1. Что каждаго честнаго человѣка въ обществѣ желаніе есть или будетъ видѣть все отечество свое на самой высшей степени благополучія, славы, блаженства и спокойствія. 2. А всякаго согражданина особо видѣть охраняемаго законами, которые не утѣсняли бы его благосостояніе, но защищали его ото всѣхъ сему правилу противныхъ предпріятій. Сіе являетъ два великіе предмета: 1. Положеніе государству. 2. Положеніе гражданину". Та часть законодательства, которая посвящена первому вопросу, именуется правомъ общимъ, вторая часть—правомъ особеннымъ. Программа работъ по первой части сводится, прежде всего, къ опредѣленію положенія верховной власти. „Но, когда по человѣчеству,—продолжаетъ Начертаніе,—невозможно, чтобы Государь самъ вездѣ обращался, ради того учреждаетъ онъ для соблюденія добраго порядка власти среднія, подчиненныя, зависящія отъ верховной и составляющія существо правленія, какъ о томъ 18 отдѣленіе Большого Наказа гласитъ". Послѣ характеристики этихъ властей Начертаніе предлагаетъ разрѣшить вопросъ о правѣ представленія на указы, принадлежащемъ „правительствамъ". На второмъ мѣстѣ, въ ряду темъ, касающихся „права общаго", Начертаніемъ ставится территоріальное раздѣленіе государства и мѣстное управленіе. „По основаніи сего приступа къ порядку государства,—говорится далѣе,—остается еще шесть предметовъ, касающихся до права общаго". Эти шесть предметовъ таковы: законы духовные, установленіе правосудія вообще, управленіе воинское, управленіе нравовъ, устроеніе полезнаго, государственное строительство или камерное, какъ называется, правленіе. Таковъ планъ Начертанія, служившій исходной точкой послѣдующихъ классификацій русскаго законодательства и въ первую очередь уже извѣстной намъ Ананьевской работы царствованія Императора Павла [1]); въ докладѣ министра юстиціи 1804 г., въ которомъ на Наказъ указывалось, какъ на руководящій источникъ будущихъ законодательныхъ работъ, тѣ же основныя линіи

[1]) По свидѣтельству А. С. Лаппо-Данилевскаго (Собраніе и сводъ законовъ Россійской имперіи, составленные въ царствованіе Императрицы Екатерины II, 1898) того же плана придерживалось и открытое имъ, составленное при Екатеринѣ, Описаніе внутренняго правленія Россійской имперіи, забытый трудъ законодательной комиссіи; ср. 107.

сохранились, съ добавленіемъ лишь болѣе сложнаго ученія о законѣ.

Изъ Начертанія 1768 г. и изъ двухъ только что упомянутыхъ документовъ, несмотря на ихъ близость идеямъ Наказа, оказалось выкинутымъ понятіе коренныхъ законовъ. Трудно въ точности установить—почему. Надо полагать, что западная формула казалась менѣе умѣстной, когда ближе подходили къ конкретнымъ кодификаціоннымъ задачамъ. Почему же это понятіе снова всплыло въ Сводѣ и Основаніяхъ Розенкампфа? Самъ по себѣ фактъ постоянныхъ заимствованій изъ Наказа, которыми полна составленная Розенкампфомъ глава о законахъ, служитъ едва ли достаточнымъ объясненіемъ, ибо понятія этого избѣгали другіе памятники, не менѣе близкіе къ Наказу. Я думаю, объясненія надо искать въ томъ, что въ законодательствѣ Александра I понятіе основныхъ законовъ получаетъ снова полное признаніе.

На этотъ разъ оно служитъ показателемъ нѣсколько иныхъ вѣяній, нежели въ Наказѣ. Тамъ отражалась теорія стараго порядка объ основныхъ законахъ монархіи, здѣсь оно связано съ тѣми попытками перестроить русскій государственный порядокъ на основахъ раздѣленія властей, которыя связаны съ именемъ Сперанскаго.

Нѣтъ сомнѣнія, что и въ тотъ первый періодъ реформъ Александровскаго царствованія, который связанъ съ дѣятельностью Негласнаго Комитета, слова „конституція“, „основные законы“ были на устахъ. Второе изъ нихъ встрѣчается и въ нѣкоторыхъ законодательныхъ актахъ того времени; такъ, въ извѣстномъ Наказѣ совѣту 5 апрѣля 1801 г. [1]) дается особое опредѣленіе „коренныхъ и непреложныхъ государственныхъ постановленій“, „которые объемлютъ въ себѣ всѣ времена и узаконяются навѣки“, и къ числу ихъ относится грамота дворянству, городовое положеніе, привилегіи городовъ, общіе гражданскіе законы и тому подобныя установленія, т. е. матеріи, которыя прежде и потомъ никогда не трактовались, какъ составляющія предметъ коренныхъ законовъ. Первое же слово—„конституція“—произнесено было, повидимому, только въ средѣ Негласнаго Комитета, причемъ, нельзя не сказать, оно представлялось участникамъ комитета въ довольно неясномъ очертаніи. О немъ заговорили въ угоду молодому Императору, но совѣтники приложили всѣ старанія, чтобы заставить послѣдняго

---

[1]) Архивъ государственнаго совѣта, III, 1878, стр. XIX сл.

отложить осуществленіе неопредѣленныхъ политическихъ мечтаній объ изданіи конституціи, ссылаясь на необходимость накопленія опыта, постепенности въ дѣлѣ преобразованій. Документы свидѣтельствуютъ, что именно этому „политическому эмпиризму“ первыхъ совѣтниковъ Александра I,—въ которомъ скрывалась, главнымъ образомъ, неясность пониманія того, чего искали,—слѣдуетъ приписать крайнюю туманность и расплывчатость всѣхъ законодательныхъ актовъ этого періода, въ которыхъ всего труднѣе уловить опредѣленную цѣль и которые уже поэтому одному неминуемо должны были остаться исключительно на бумагѣ.

Преимущества государственнаго таланта и истинной подготовки сразу чувствуются, какъ только отъ этихъ раннихъ опытовъ усвоенія современныхъ западно-европейскихъ политическихъ формулъ мы переходимъ къ реформѣ Сперанскаго. Онъ не только зналъ, чего хотѣлъ, когда переносилъ въ Россію идеи Запада, но сумѣлъ ихъ использовать для созданія государственнаго порядка, которымъ Россія жила почти сто лѣтъ. У Сперанскаго „конституція“, „коренной законъ“ не туманное и расплывчатое пятно, а необходимая часть совершенно опредѣленнаго политическаго замысла. Онъ означаетъ этими словами намѣчаемыя имъ основы монархическаго строя, покоящагося на раздѣленіи властей. Въ томъ цѣлостномъ изложеніи его взглядовъ, какимъ является Планъ 1809 г., это пониманіе выражено съ полной ясностью.

Позволяю себѣ напомнить слѣдующія поистинѣ классическія строки главы „о свойствѣ государственныхъ коренныхъ законовъ“: „...Во всякомъ благоустроенномъ государствѣ должны быть начала законодательства положительныя, постоянныя, неподвижныя, съ коими бы всѣ другіе законы могли быть соображаемы. Сіи положительныя начала суть коренные государственные законы. Три силы движутъ и управляютъ государствомъ: сила законодательная, исполнительная и судная. Начало и источникъ сихъ силъ въ народѣ: ибо онѣ не что другое суть, какъ нравственныя и физиче-

---

1) Великій Князь Николай Михайловичъ, Графъ П. А. Строгановъ, II, 103, 23, 31, 61. Вотъ планъ работъ комитета въ его окончательной формѣ: „La premiére grande division du travail devait être faite d'aprés le principe unanimeut reconnu par tous, que d'abord on devait se rendre compte de l'état actuel des choses, ensuite procéder à la réforme de ces diverses parties de l'administration et enfin couronner ces différentes institutions par une garantie offerte dans une Constitution reglée d'aprés le véritable esprit de la nation“.

скія силы людей въ отношеніи къ общежитію. Но силы сіи въ разсѣяніи ихъ суть силы мертвыя. Онѣ не производятъ ни закона, ни правъ, ни обязанностей. Чтобы сдѣлать ихъ дѣйствующими, надлежало ихъ соединить и привести въ равновѣсіе. Соединенное дѣйствіе сихъ силъ составляетъ державную власть. Сопряженія ихъ въ державной власти могутъ быть многоразличны. Изъ сихъ многоразличныхъ сопряженій коренные законы опредѣляютъ одинъ постоянный и непремѣняемый. Итакъ, предметъ и свойство государственныхъ коренныхъ законовъ есть опредѣлить образъ, коимъ силы государственныя сопрягаются и дѣйствуютъ въ ихъ соединеніи". И далѣе, въ главѣ „объ общемъ разумѣ преобразованія": „Общій предметъ преобразованія состоитъ въ томъ, чтобы правленіе, доселѣ самодержавное, постановить и учредить на непремѣняемомъ законѣ. Нельзя основать правленіе на законѣ, если одна державная власть будетъ и составлять законъ и исполнять его. Отсюда необходимость установленій, дѣйствующихъ въ составленіи закона и его исполненіи. Изъ троякаго порядка государственныхъ силъ возникаетъ троякій порядокъ сихъ установленій. Одно изъ нихъ должно дѣйствовать въ образованіи закона, другое—въ исполненіи, третье—въ части судной" [1]). Въ этихъ положеніяхъ—ясныхъ и простыхъ, несмотря на ихъ нѣсколько торжественную форму—изложена въ чистомъ видѣ конституціонная идея Западной Европы конца XVIII и начала XIX вѣковъ. Если мы здѣсь второй разъ сталкиваемся съ Монтескье, то не съ Монтескье Наказа, теоретикомъ стараго порядка, а съ Монтескье—авторомъ шестой главы одиннадцатой книги Духа Законовъ, великимъ провозвѣстникомъ порядка новаго.

Замыселъ Плана въ цѣломъ не получилъ осуществленія, но и въ тѣхъ его частяхъ, которыя Сперанскому удалось вклинить въ русское государственное устройство, чувствуется чеканъ смѣлой, увѣренной въ себѣ и послѣдовательной мысли. Сперанскій создалъ въ Россіи понятіе закона и организацію центральнаго управленія. Несмотря на то, что обѣ сказанныя великія реформы были органически связаны съ конституціоннымъ планомъ Сперанскаго, при ихъ изданіи эта связь, какъ извѣстно, не была раскрыта. Только въ манифестѣ 1 января 1810 г., сопровождавшемъ образованіе государственнаго совѣта, имѣется весьма интересная по-

---

[1]) Сперанскій, Планъ государственнаго преобразованія, изд. Русской Мысли, 1905, 3, 30.

пытка объяснить все русское государственное развитіе—„шествіе въ стезяхъ гражданскаго усовершенствованія“, какъ говорилось тамъ,—неуклоннымъ стремленіемъ осуществить идею коренныхъ законовъ, освящающихъ раздѣленіе властей. „Истинный разумъ всѣхъ сихъ усовершенствованій состоялъ въ томъ, чтобы по мѣрѣ просвѣщенія и расширенія общественныхъ дѣлъ, учреждать постепенно образъ управленія на твердыхъ и непремѣняемыхъ основаніяхъ закона. Къ сему склонялись многократныя постановленія о лучшемъ образѣ изданія законовъ, объ устройствѣ порядка суднаго и исполнительнаго“. Недаромъ, поэтому, „Образованіе государственнаго совѣта“ открывалось „Коренными законами“ совѣта (П. С. З., 24064). Нѣсколько позднѣе—въ манифестѣ 25 іюля 1810 г. о раздѣленіи государственныхъ дѣлъ въ особыя управленія, съ означеніемъ предметовъ, каждому управленію принадлежащихъ,—новому образованію министерствъ давалось такое оправданіе: „Истинный разумъ сихъ дополненій (правила о министерствахъ) состоитъ въ томъ, чтобъ въ раздѣленіи дѣлъ государственныхъ ввести болѣе соразмѣрности, установить въ производствѣ ихъ болѣе единообразія, сократить и облегчить ихъ движеніе, означить съ точностью предѣлы власти и отвѣтственности и тѣмъ самымъ доставить порядку исполнительному болѣе способовъ къ скорому и точному законовъ исполненію“ (П. С. З., 24307).

Послѣ предпринятаго краткаго историческаго очерка я вправѣ сказать, что, взаимно перекрещиваясь и сочетаясь, исканія законодательныхъ комиссій, начиная съ царствованія Елизаветы и кончая царствованіемъ Императора Александра II, доктрина основныхъ законовъ стараго порядка, нашедшая себѣ выраженіе въ Наказѣ, и конституціонныя идеи, вдохновлявшія Сперанскаго, въ своей совокупности навязали русской кодификаціи представленіе о самостоятельномъ существованіи въ русскомъ правѣ законовъ коренныхъ,—„законовъ, основаніе державы составляющихъ“.

Спросимъ себя въ заключеніе, было ли разсматриваемое понятіе въ этихъ первыхъ своихъ источникахъ матеріальнымъ или формальнымъ, разумѣлись ли имъ законы на опредѣленныя, особо важныя темы или законы особаго авторитета. Въ немъ можно несомнѣнно найти элементы и того и другого представленія. Законы являются основными, какъ потому, что они касаются основныхъ вопросовъ государственнаго устройства, такъ и потому, что за ними признана особая положительность, постоянство и неподвижность. Но сознававшія уже и тогда особыя формальныя свой-

ства законовъ основныхъ не составили еще предмета сколько-нибудь опредѣленнаго юридическаго анализа. Есть учредительные законы, но не родилось представленіе объ учредительной власти, намѣчается понятіе о коренныхъ законахъ, но нѣтъ опредѣленія порядка основного законодательства.

III.

Было бы ошибкой думать, что законодательными актами царствованія Екатерины II и Александра I исчерпываются источники понятія основныхъ законовъ. На другой источникъ указываетъ содержаніе того матеріала, который Сперанскій помѣстилъ въ первой части перваго тома свода. Это—Павловское законодательство о наслѣдованіи престола и его Учрежденіе Императорской фамиліи.

Всѣмъ извѣстно, что, собираясь на турецкую войну, „наслѣдникъ цесаревичъ и великій князь“ Павелъ Петровичъ составилъ, совмѣстно съ супругой своей великой княгиней Маріей, особый актъ, въ которомъ опредѣлялъ порядокъ русскаго престолонаслѣдія, и что черезъ девять лѣтъ, въ день своей коронаціи, 5 апрѣля 1797 г., въ Москвѣ, онъ утвердилъ этотъ актъ своей подписью, написавъ на немъ слово: „Вѣрно“. Не менѣе того извѣстно, что одновременно Императоромъ Павломъ было утверждено подробнѣйшее Учрежденіе о Императорской фамиліи [1]). Наоборотъ, спорна и сомнительна юридическая природа этихъ актовъ и въ частности акта 1788/1797 г. Коркуновъ (1^6, 224) считаетъ, что споръ можетъ идти между признаніемъ его или закономъ, или семейнымъ договоромъ и высказывается самъ въ первомъ смыслѣ. Эйхельманъ говоритъ о завѣщаніи [2]), и въ этомъ отношеніи сходится съ историками, напримѣръ Шильдеромъ (215), который, впрочемъ, прибѣгаетъ и къ болѣе неопредѣленному термину „фамильный актъ“. Я думаю, что актъ 1788/1797 г. дѣйствительно представлялъ въ моментъ своего подписанія духовное завѣщаніе, однако, завѣщаніе, составленное въ довольно необычной формѣ—будущимъ

---

[1]) Объ обстоятельствахъ изданія акта подробно повѣствуетъ Шильдеръ, Императоръ Павелъ Первый, 1901, 215, 343. Оба акта въ п. с. з., 17. 910, 17. 906.

[2]) Eichelmann, Das kaiserlich-rusische Thronfolge-und Hausgesetz, въ Arch. für öff. Recht, III (1888), 97: zunächst einfaches Testament.

Императоромъ по соглашенію съ супругой. Съ точки зрѣнія господствовавшихъ въ XVII—XVIII вв. въ европейскомъ монархическомъ правѣ воззрѣній, опредѣленіе порядка престолонаслѣдія совершалось въ аналогичныхъ частно-правовыхъ формахъ завѣщанія, наслѣдственнаго договора, семейнаго договора, брачной записи, наслѣдственнаго побратимства (Erbverbrüderung) [1]; но среди этихъ разнообразныхъ сдѣлокъ, общее вліяніе которыхъ на Павловское завѣщаніе не подлежитъ сомнѣнію [2], мнѣ не удалось найти акта о престолонаслѣдіи, вполнѣ отвѣчающаго по своему строенію Павловскому завѣщанію. Правда, въ этомъ правѣ встрѣчаются завѣщанія, гдѣ завѣщателемъ упоминается о совѣтѣ съ супругой: сошлюсь, напримѣръ, на близкій по времени саксенъ-кобургъ-заальфельдскій актъ 1746 г., которымъ герцогъ Францъ-Іосіасъ установилъ примогенитуру въ своей странѣ „unter verhoffender allerhöchster Kayserl. Genehmhaltung, auf reifen Vorbedacht und mit Unserer Gemahlin Lbd. sowohl, als Unsern getreuen Räthen gepflogene Ueberlegung“ [3]. Если въ актѣ 1788/1797 г. „совѣтъ“ супруги замѣненъ „соглашеніемъ“ съ ней, то это находитъ себѣ вполнѣ понятное юридическое объясненіе. Недавніе тогда русскіе прецеденты давали будущей Императрицѣ Маріи Ѳеодоровнѣ возможность считать за собой право на наслѣдованіе русскаго престола послѣ смерти Императора Павла. При такихъ условіяхъ совершенно объяснимо коллективное завѣщаніе наслѣдника и великой княгини о порядкѣ наслѣдованія престола, на который оба имѣли право.

Какъ бы то ни было—актъ, носившій въ 1788 г. характеръ своеобразнаго, но объяснимаго коллективнаго завѣщанія, пріобрѣлъ въ 1797 г., сверхъ того, значеніе закона. Господствовавшія на Западѣ въ XVIII вѣкѣ воззрѣнія стоятъ на томъ, что вопросы наслѣдованія престола всецѣло входятъ въ кругъ особаго, отличнаго отъ государственнаго, правотворчества автономныхъ княжескихъ семей, при чемъ это начало семейной автономіи всего ярче выражается въ правѣ участія агнатовъ въ рѣшеніи вопросовъ этого рода [4].

---

[1] Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1902, 846.

[2] Къ сожалѣнію, мои попытки установить непосредственное заимствованіе акта 1788/1797 года изъ западныхъ источниковъ пока не увѣнчались успѣхомъ.

[3] Schulze, Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, III, 1, 1882, 230.

[4] Rehm, Modernes Fürstenrecht, 1904, 103; Anschütz, Der Fall Friesenhausen, 1904, 85.

Воззрѣніе это расшатывается, главнымъ образомъ, съ первой четверти XIX вѣка, когда абсолютная или, какъ тогда говорили, „суверенная“ власть нѣмецкихъ государей начинаетъ включать въ общій кругъ своихъ чисто государственныхъ полномочій—въ частности законодательныхъ—изданіе по собственной волѣ правилъ о наслѣдованіи престола, безъ всякаго участія агнатовъ, превращающихся такимъ образомъ въ этомъ отношеніи въ простыхъ подданныхъ монарха [1]). Въ Россіи такой государственный взглядъ утверждается гораздо ранѣе, чѣмъ въ другихъ монархическихъ странахъ Европы. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ уже актъ избранія царя Бориса Өеодоровича, онъ выраженъ въ актѣ избранія царя Михаила Өеодоровича, въ Правдѣ Воли Монаршей, въ завѣщаніи Петра Великаго. При такихъ условіяхъ совершенно понятно, что Императоръ Павелъ, первоначально облекшій актъ о престолонаслѣдіи въ форму завѣщанія, при первой возможности поспѣшилъ его обнародовать, какъ законъ. Если приданный ему новый характеръ и не вполнѣ ясно вытекалъ изъ того слова „Вѣрно“, которымъ утверждался актъ въ 1797 г., то онъ съ несомнѣнностью былъ установленъ учрежденіемъ о императорской фамиліи. Вотъ, что говорилось въ учрежденіи: „Между сущностью знаменитаго состоянія каждаго государства и всѣхъ прочихъ достоинствъ и выгодъ, твердое основаніе его составляющихъ, есть умноженіе Фамиліи Государевой; утвержденіе же непрерывныхъ правилъ въ наслѣдіи престола почтено быть должно превыше всего. Россія при истинной славѣ и величествѣ Имперіи, каковыми въ настоящее столѣтіе превышается, ощущаетъ уже совершенно первое изъ сихъ благо, видя наслѣдіе престола своего утвержденное въ Фамиліи Нашей, которое да продлитъ Всевышній на вѣчныя времена. Но дабы сіе благо непрестанно содѣйствовать могло благоденствію Государственному, Мы при самомъ началѣ благополучнаго Государствованія Нашего, главнымъ долгомъ почли во-первыхъ распорядить и учредить все

[1]) Въ германской наукѣ идетъ споръ о хронологической грани періода, когда законы о престолонаслѣдіи превращаются изъ актовъ семейной автономіи въ акты государственнаго правотворчества. Нѣтъ сомнѣнія, что это превращеніе совершается ранѣе эры конституціонной, но относительно дальнѣйшаго идетъ споръ. Rehm, 103 придаетъ особое значеніе времени провозглашенія суверенитета нѣмецкихъ государствъ при образованіи Рейнскаго союза; на это совершенно основательно возражаютъ указаніемъ на частные случаи проявленія этого воззрѣнія гораздо ранѣе; ср. Hauptmann, Modernes Fürstenrecht, Arch. f. öff. Recht, XXII (1907), 233.

го, что до Фамиліи Нашей принадлежитъ, постановя на сей конецъ таковыя правила, каковыя бы и съ положеніемъ Имперіи и съ правомъ естественнымъ непремѣнно согласовали. Теперь достигнувъ сего Нашего желанія, съ помощію Божіею, издаемъ оныя, утверждая Нашею Императорскою властію, и повелѣвая помѣстить ихъ въ число *фундаментальныхъ законовъ Имперіи Нашей*". И далѣе: „*Учрежденіе* Императорской Фамиліи *заключаетъ въ себѣ, сверхъ учрежденія наслѣдства къ престолу* о которомъ особо изданнымъ манифестомъ всякъ извѣщенъ будетъ..." (слѣдовало перечисленіе раздѣловъ учрежденія). Такимъ образомъ Павелъ включилъ свой актъ о престолонаслѣдіи въ составъ учрежденія о Императорской Фамиліи, а послѣднее „повелѣлъ помѣстить въ число фундаментальныхъ законовъ Имперіи". Завѣщаніе превратилось въ законъ, притомъ въ законъ „фундаментальный".

Естественная связь этого „фундаментальнаго" закона съ тѣми „коренными" законами, о которыхъ говорилось нъ законодательныхъ актахъ Екатерининскаго и Александровскаго царствованій, бросалась въ глаза: и тѣ, и другіе касались „основаній державы". Понятно, что въ кодификаціонныхъ работахъ она не была забыта. Уже въ упомянутомъ выше докладѣ 1804 г., гдѣ, какъ мы знаемъ, еще не говорилось объ особой группѣ законовъ основныхъ, темы фундаментальныхъ законовъ Императора Павла были соединены съ темами коренныхъ законовъ Наказа и Сперанскаго. Въ работахъ Розенкампфа эта связь была какъ бы забыта, но ее возстановилъ создатель свода.

IV.

Сперанскій, съ тѣхъ самыхъ поръ, какъ, по возвращеніи изъ ссылки, былъ привлеченъ къ кодификаціонной работѣ, постоянно имѣлъ въ виду крѣпко связанную съ его правовоззрѣніями рубрику основныхъ законовъ. Уже въ запискѣ 1821 г., носящей отпечатокъ значительной теоретичности, онъ вводитъ основные законы въ составъ намѣчаемой имъ классификаціи русскаго законодательства. „Сколь ни многосложны кажутся дѣянія (человѣка въ обществѣ), но всѣ они относятся или къ государству вообще, или къ частнымъ лицамъ въ особенности,—разсуждаетъ Сперанскій. Изъ сего двоякаго отношенія дѣяній возникаютъ два главныя раздѣленія законовъ. Законы, устанавливающіе отношенія частнаго человѣка

ко всему государству, называются законами права публичнаго или политическими. Законы, которыми учреждаются отношенія частныхъ лицъ между собою, именуются законами гражданскими. Къ законамъ перваго рода или государственнымъ принадлежатъ, во-первыхъ, всѣ коренныя государственныя постановленія, учреждающія образъ правленія въ порядкѣ законодательномъ, судномъ и исполнительномъ; во-вторыхъ, законы уголовные и разные уставы, относящіеся къ устройству полиціи и къ государственной экономіи" (§§ 4, 5 и 6 записки) [1]). Въ другой запискѣ, представленной Императору Николаю въ январѣ 1826 г. и перечисляющей гораздо болѣе конкретно предстоящія работы по своду, Сперанскій опять упоминаетъ объ основныхъ законахъ. „Законы вообще можно раздѣлить, говоритъ онъ, на два главные разряда: I. Коренные, или какъ они въ учрежденіи объ Императорской фамиліи наименованы, основные (фундаментальные), и II. Законы управленія. Къ первому разряду принадлежатъ: законы о наслѣдіи престола, о порядкѣ законодательства и о правахъ, разнымъ состояніямъ отъ самодержавной власти присвоенныхъ" [2]).

Несмотря на такое постоянство своей теоретической конструкціи законодательства, унаслѣдованной изъ предшествующаго періода своей дѣятельности, Сперанскій, приступая къ работамъ, создавшимъ современный сводъ, рѣшилъ отказаться отъ мысли помѣстить въ немъ основные законы. Въ указанной запискѣ 1826 г., опредѣливъ приведенными выше словами понятіе коренного законодательства, онъ прибавлялъ: „Первый разрядъ законовъ не входитъ въ предѣлы настоящаго предпріятія". Такимъ образомъ изъ будущаго свода выкидывался матеріалъ первой части перваго тома и тома девятаго, наравнѣ впрочемъ и съ нѣкоторыми законами, относившимися ко „второму разряду"—„законами управленія". Сравнительную скромность своего первоначальнаго замысла Сперанскій оправдывалъ въ составленномъ имъ также въ первой половинѣ 1826 г., Наставленіи второму отдѣленію о порядкѣ его трудовъ [3]), спеціальнымъ новымъ въ Россіи терминомъ—нельзя сказать, чтобы особенно удачнымъ,—который долженъ былъ обнять всю совокуп-

---

[1]) Эта записка напечатана Винаверомъ. Къ вопросу объ источникахъ X тома свода законовъ, Ж. М. Ю., 1897, іюнь, 87.

[2]) Эта записка напечатана Бычковымъ. Къ L-ти лѣтію II-го отдѣленія Собственной Е. И. В. Канцеляріи, Русск. Стар., XV (1876), 434.

[3]) Наставленіе напечатано у Майкова, Второе отдѣленіе, приложенія, 1.

ность подлежавшаго кодификаціи матеріала, а именно терминомъ „законы земскіе". „Двѣ главныя работы составляютъ настоящій предметъ II-го отдѣленія: 1. Составленіе сводовъ на законы земскіе, 2. Изданіе всѣхъ вообще законовъ, доселѣ состоявшихся въ видѣ полнаго собранія, по порядку времени. Законы земскіе суть: 1. Законы частной собственности. Законы государственной собственности. 3. Законы внутренней безопасности. Посему не входятъ въ составъ свода: 1) Государственныя постановленія..." [1]).

Сопоставленіе приведенныхъ документовъ 1826 г. не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что вовсе не соображенія отвлеченнаго теоретическаго порядка приводили Сперанскаго къ рѣшенію выкинуть изъ свода законы основные. Сперанскій съ такою легкостью распоряжался въ началѣ работы пріемами классификаціи законодательства, что онъ безъ труда сумѣлъ бы, конечно, оправдать необходимость включенія этой части въ сводъ. Очевидно, имъ руководили соображенія практическаго свойства. Въ чемъ они заключались, остается точно невыясненнымъ; повидимому, они не могутъ быть установлены и на основаніи подлинныхъ дѣлъ архива второго отдѣленія; по крайней мѣрѣ, А. Н. Макаровъ [2]) ихъ не опредѣлилъ. Изъ общаго смысла документовъ 1826 г. можно лишь догадываться объ этихъ соображеніяхъ: слѣдуетъ думать, что Сперанскій, въ сознаніи громадной трудности предстоявшей ему задачи, намѣренно суживалъ свою программу ради обезпеченія успѣшнаго ея выполненія. Во всякомъ случаѣ, нѣтъ никакихъ слѣдовъ того, чтобы какіе-либо мотивы принципіальнаго свойства препятствовали введенію въ кругъ работы и кодификаціи основныхъ законовъ.

Послѣ изслѣдованій Майкова и Макарова мы въ состояніи выяснить, какъ, по мѣрѣ хода работъ по написанію свода, первоначально оставленная мысль объ основныхъ законахъ была снова выдвинута на очередь. Въ меморіи о работахъ второго отдѣленія отъ 20 ноября 1829 г. въ первый разъ опредѣленно упомянуто

---

[1]) Сперанскій, повидимому, этотъ терминъ „законы земскіе" заимствовалъ изъ Прусскаго Allgemeines Landrecht, каковой, какъ извѣстно, обнималъ широкій кругъ вопросовъ, въ томъ числѣ административнаго, государственнаго и уголовнаго права. Позволяю себѣ высказать по этому поводу предположеніе, что и въ Розенкампфовской кодификаціи вступленіе „О законахъ вообще" появилось подъ вліяніемъ того же западнаго образца: прусскій ландрехтъ открывался равнымъ образомъ введеніемъ о законахъ вообще.

[2]) Къ исторіи кодификаціи основныхъ законовъ, Ж. М. Ю., 1912, дек., 222.

объ этой задачѣ: „Баронъ Корфъ, говорится тамъ, приступилъ къ изложенію вновь порученной ему работы объ основныхъ государственныхъ законахъ"; въ меморіи 11 декабря того же года сказано, что изложеніе основныхъ законовъ барономъ Корфомъ окончено [1]). Обнародованныя А. Н. Макаровымъ данныя о составѣ первой, выработанной барономъ Корфомъ въ концѣ 1829 г., редакціи основныхъ законовъ позволяютъ болѣе или менѣе точно судить, почему вернулись къ мысли о необходимости „изложенія" этихъ законовъ. Здѣсь одновременно вліяло нѣсколько обстоятельствъ.

Во-первыхъ, вліяли прецеденты. Въ распоряженіи второго отдѣленія находились во многихъ отношеніяхъ цѣнныя работы Розенкампфа и въ числѣ ихъ значилось между прочимъ уже извѣстное намъ вступленіе къ Систематическому своду существующихъ законовъ, содержавшее подобное ученіе „О законахъ" вообще. Послѣ интереснаго и убѣдительнаго изслѣдованія Л. А. Кассо [2]), общее вліяніе розенкампфовской кодификаціи на Сперанскаго не можетъ подлежать сомнѣнію. Сперанскій использовалъ все важное, что было сдѣлано его предшественникомъ. Онъ воспользовался и работой о законахъ. Ее надо было куда-нибудь помѣстить, и она вошла въ третій раздѣлъ выдѣленной для обработки барона Корфа части свода [3]).

Во-вторыхъ, къ мысли о составленіи основныхъ законовъ приходили и эмпирически, систематизируя и просѣивая подлежавшіе сводкѣ законодательные акты. Отъ совершенно искусственной категоріи законовъ земскихъ отступили очень скоро, и уже въ теченіе 1828 г. складывается, какъ очередная задача кодификаціи, задача составленія „устава государственнаго устройства", „учрежденія верховныхъ мѣстъ въ средоточеніи правительства" [4]). Изъ всѣхъ этихъ работъ составился четвертый раздѣлъ редакціи барона Корфа „о власти верховнаго управленія".

---

[1]) Макаровъ, 235, 236.

[2]) Къ исторіи свода законовъ гражданскихъ, Ж. М. Ю., 1904, мартъ, 53.

[3]) Вліяніе систематическаго свода признаетъ и А. Н. Макаровъ, 248. Изъ данныхъ, имъ установленныхъ, вытекаетъ, что намѣреніе использовать работу Розенкампфа родилось гораздо ранѣе рѣшенія изложить основные законы: только не знали, куда соотвѣтствующій матеріалъ помѣстить. Ср. 232.

[4]) Майковъ, 173; Макаровъ, 232; ср. Краткій очеркъ дѣятельности второго отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи 1826—1876, 1876, 23.

Въ-третьихъ, рѣшено было ввести въ сводъ Павловскіе акты 1797 г., составляющіе содержаніе большей части перваго и пятаго раздѣловъ редакціи Корфа. Самъ Павелъ указывалъ, что имъ принадлежитъ значеніе „законовъ фундаментальныхъ“. При такихъ условіяхъ помѣстить ихъ подъ одну изъ рубрикъ, намѣченныхъ Сперанскимъ въ болѣе раннихъ планахъ свода, оказывалось невозможнымъ и приходилось искать новую. Какъ извѣстно, рѣшеніе помѣстить въ сводъ акты Павла I Императоръ Николай Павловичъ приписывалъ самому себѣ. Въ знаменитой его рѣчи въ засѣданіи государственнаго совѣта 19 января 1833 г. онъ сказалъ, согласно журналу засѣданія: „Его Величество признаетъ за благо упомянуть еще объ одномъ обстоятельствѣ. Въ сводѣ помѣщены, по Собственному Государя Императора повелѣнію, основные законы, собственно до Него и до Августѣйшаго Дома Его относящіеся. Всѣмъ извѣстны разныя превращенія, въ наслѣдствѣ престола происходившія. Блаженныя памяти Императоръ Родитель Его установилъ первый на твердыхъ основаніяхъ права наслѣдія и издалъ учрежденіе объ Императорской Фамиліи, которое Онъ, такъ сказать, освятилъ, положивъ на престолѣ въ Успенскомъ соборѣ. Такъ Императоръ Александръ I дополнилъ постановленія сіи, когда Великій Князь Константинъ Павловичъ сочетался бракомъ съ княгинею Ловичъ. Такъ, самъ Государь Императоръ дополнилъ узаконенія сіи постановленіемъ о правителѣ государства, акты, кои также освящены тѣмъ, что тамъ же, гдѣ и первые Императора Павла I, находятся. Государь Императоръ счелъ нужнымъ сіи основные законы, впрочемъ уже давно изданные и всѣмъ извѣстные, соединить вмѣстѣ“ [1]). Надо полагать, что именно это повелѣніе ввести въ сводъ законы Павла I и послужило рѣшающимъ моментомъ въ дѣлѣ созданія особой категоріи законовъ основныхъ въ рамкахъ русской кодификаціи. Здѣсь она была неизбѣжна, а вмѣстѣ съ тѣмъ она представляла ту выгоду, что ею покрывался и другой законодательный матеріалъ, который иначе размѣстить въ сводѣ было довольно трудно.

Выдѣленіе въ составѣ свода основныхъ законовъ было такимъ образомъ подсказано самымъ ходомъ кодификаціонной работы. Особенно глубокой передѣлкѣ накопленный въ этой работѣ и помѣщенный въ основныхъ законахъ законодательный матеріалъ подвергнутъ не былъ. Кое-что было переставлено: такъ, изъ ро-

---

[1]) Государственный совѣтъ 1801—1901, 1901, 57.

зенкампфовской кодификаціи часть, касавшаяся верховной власти, была перемѣщена въ первый раздѣлъ редакціи Корфа и осталась въ окончательномъ текстѣ свода въ началѣ первой части перваго тома, рядомъ съ Павловскимъ актомъ о престолонаслѣдіи. Кое-что было переработано заново: такимъ былъ раздѣлъ второй той же редакціи „о вѣрѣ". Наконецъ, мѣстами матеріалы подверглись передѣлкамъ, частью весьма интереснымъ и характернымъ. Но все же основные законы перваго изданія свода сохранили цѣликомъ слѣды своего происхожденія.

Подводя итогъ, мы можемъ сказать, что старые основные законы были и остались произведеніемъ „канцелярскаго" происхожденія. Ихъ появленіе не знаменовало собой рожденія самостоятельной и новой государственной мысли. Когда о коренныхъ законахъ заговорила въ Россіи Екатерина и, еще больше, когда программу коренныхъ законовъ намѣчалъ въ своемъ Планѣ 1809 г. Сперанскій, то въ ихъ пониманіи этого слова лежала такая новая мысль. Теперь была создана канцелярская рубрика, внутри которой помѣстилось не обновленное, а лишь перередактированное содержаніе.

V.

Въ мою задачу не входитъ анализъ внутренняго содержанія созданныхъ Сперанскимъ основныхъ законовъ, просуществовавшихъ, безъ сколько-нибудь существенныхъ измѣненій, до 23 апрѣля 1906 г. Но, характеризуя самую форму, въ которую облекъ Сперанскій изложеніе основъ русскаго государственнаго порядка, я не могу не коснуться двухъ весьма характерныхъ для этой формы особенностей старыхъ основныхъ законовъ,—особенностей, всецѣло связанныхъ съ указанными условіями ихъ происхожденія.

Первая изъ этихъ особенностей заключалась въ томъ, что присвоивъ первой части перваго тома свода наименованіе основныхъ государственныхъ законовъ, кодификаторъ оказался въ то же время не въ состояніи объяснить, что значитъ въ русскомъ правѣ основной законъ. Тотъ процессъ „формализаціи" этого понятія, который происходилъ на западѣ въ XVIII вѣкѣ и вліяніе котораго на законодательство Екатерины II и Александра I было отмѣчено, не нашелъ и не могъ найти себѣ никакого отраженія. Законы основные слились въ общей массѣ „положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ самодержавной власти исходящихъ". Пы-

таясь въ ст. 53 (по изд. 1892 г.) дать классификацію русскихъ законовъ, Сперанскій ни однимъ звукомъ не упомянулъ законовъ основныхъ.

Единственный слѣдъ формальнаго обособленія основныхъ законовъ, который имѣется въ сводѣ, заключается въ усвоеніи одного изъ положеній Павловскаго акта о престолонаслѣдіи, обязывавшаго монарха не измѣнять правилъ послѣдняго. Статья 17 старыхъ основныхъ законовъ гласила: „Императоръ и Императрица, престолъ наслѣдующіе, при вступленіи въ оный и мѵропомазаніи, обязуются свято наблюдать вышепостановленные законы о наслѣдіи престола". Одинъ изъ изслѣдователей нашего порядка престолонаслѣдія, Эйхельманъ, усматривалъ въ этомъ положеніи выраженіе „конституціонной" идеи въ Россіи[1]). Я думаю, что въ статьѣ 17 едва ли правильно видѣть что-либо подобное; здѣсь мы встрѣчаемся съ своеобразнымъ проявленіемъ идеи божественнаго освѣщенія государственной власти въ Россіи: обрядъ коронованія обнимаетъ установленіе религіозной санкціи не только для власти монарха, но и для порядка преемства этой власти. Недаромъ Павловскій актъ положенъ на храненіе на престолъ Успенскаго собора.

Но, если оставить въ сторонѣ это правило ст. 17, которое относилось лишь къ ст.ст. 3—16 основныхъ законовъ и не покрывало собой даже правила о самодержавной и неограниченной власти русскаго монарха, то нельзя не отмѣтить, что Сперанскій не сдѣлалъ ничего, чтобы, выражаясь современнымъ терминомъ, „забронировать" основные законы и формально обезпечить ихъ неприкосновенность. Основное законодательство, какъ все остальное, было открыто для передѣлокъ, и въ самомъ дѣлѣ, когда пришло время отъ него отказаться, напрасно старались обосновать его „незыблемость". Смѣшно было бы, конечно, обвинять въ этомъ Сперанскаго: въ тѣхъ матеріалахъ, изъ которыхъ онъ построилъ зданіе русскихъ основныхъ законовъ, не было такихъ, кои можно было использовать для его юридическаго закрѣпленія.

Вторая особенность старыхъ основныхъ законовъ, которая опять-таки находитъ свое объясненіе въ условіяхъ канцелярскаго ихъ происхожденія, заключалась въ томъ, что первая часть перваго тома, какъ во многихъ своихъ частяхъ сводъ вообще, могущественно

---

[1]) Eichelmann, 101: Als unbedingt bindend gedacht ist für die oberste sacrosancte Gewalt das Thronfolgegesetz, so ist dasselbe constitutionell (reichsgrundsätzlich) ausgedrückt und so wird es geachtet.

содѣйствовала въ Россіи разрыву живой исторической преемственности законодательства.

Поясню мою мысль примѣромъ. Когда Розенкампфъ издалъ Основанія россійскаго права — прообразъ будущихъ работъ по своду—проф. Ал. Куницынъ напечаталъ въ „Сынѣ Отечества“ обширныя замѣчанія [1]), въ которыхъ между прочимъ указывалъ на необходимость сослаться въ статьѣ о самодержавной власти на грамоту избранія царя Михаила Өеодоровича на всероссійскій престолъ [2]). Баронъ Розенкампфъ, отвѣчая на замѣчанія Куницына въ одномъ изъ слѣдующихъ номеровъ Сына Отечества, писалъ по поводу этого возраженія: „Комиссія не будучи намѣрена... изъяснять здѣсь всѣ права самодержавія... не имѣла никакой нужды помѣщать грамоты объ избраніи царя Михаила Өеодоровича, въ которой постановляется только, что всероссійскій престолъ долженъ быть наслѣдственномъ въ домѣ нынѣ благополучно царствующей Императорской фамиліи“... [3]). Нѣтъ надобности отмѣчать, насколько превратно представленіе Розенкампфа о грамотѣ 1613 года. Та великая и важная политическая мысль, которая лежала въ призывѣ Михаила Өеодоровича Романова „въ большомъ московскомъ дворцѣ въ присутствіи, внутри и внѣ, всего народа изо всѣхъ городовъ Россіи“, „единомышленнымъ и нерозвратнымъ совѣтомъ“ его будущихъ подданныхъ, „по избранію и челобитію всякихъ чиновъ людей великаго Россійскаго государства“, на „царскій престолъ“ „великихъ и преславныхъ государствъ Россійскаго Царствія“, всецѣло исчезаетъ въ изложеніи Розенкампфа. Но дѣло не въ Розенкампфѣ. Поставленный въ тѣ же условія, что и онъ, Сперанскій былъ также чуждъ чувству исторической преемствен-

---

1) Сынъ Отечества, 1819, VI, 241—252.

2) Эта мысль поддерживалась и другими русскими юристами. Такъ Дюгамель въ Опытѣ государственнаго права Россійской имперіи считалъ, что къ кореннымъ государственнымъ законамъ Россіи, т. е. тѣмъ, „кои основываютъ благоденствіе и величіе имперіи и никогда не измѣняются“, должны быть причислены актъ Іоанна Васильевича I-го о недѣлимости имперіи 1346 г., грамота объ избраніи въ цари Михаила Өеодоровича Романова, завѣщаніе Екатерины II. Цит. по К о р к у н о в у, Русское государственное право, I, 2-е изд., 1893, 117.

3) Сынъ Отечества, 1819, XII, 241—272. Отвѣтъ на замѣчанія одновременно былъ напечатанъ Розенкампфомъ безъ подписи въ Критическомъ журналѣ россійскаго законодательства на 1819 годъ, издаваемомъ комиссіею составленія законовъ, книжка первая.

ности въ организаціи русской государственной власти. Извлекая тезисы основныхъ законовъ Россіи изъ полнаго собранія законовъ, онъ долженъ былъ всецѣло построить ихъ на законодательствѣ и на идеяхъ XVIII вѣка и, прежде всего, на идеяхъ Петровскихъ. И, вмѣстѣ съ тѣмъ, даже въ этомъ законодательствѣ XVIII вѣка онъ бралъ только то, что носило опредѣленно выраженный характеръ формулъ русскаго бюрократическаго абсолютизма; все то, что связывало XVIII вѣкъ съ московскими демократическими представленіями—а такіе элементы нельзя отрицать въ этомъ законодательствѣ, ибо достаточно вспомнить объ участіи народнаго представительства въ законодательныхъ работахъ этой эпохи—какъ необлеченное въ актахъ, изъ которыхъ компилировались законы основные, достаточно твердо и категорически—безслѣдно пропадало для свода. Результатомъ былъ мертвый экстрактъ, который былъ призванъ замѣнить цѣликомъ и безвозвратно все прошлое законодательство. Формулы свода стали жить собственною жизнью, сдѣлались, вопреки историческої дѣйствительности, какъ бы самоцѣнными и самоочевидными истинами русской государственной организаціи.

VI.

Старые основные законы просуществовали, всѣ знаютъ, до эпохи политической реформы 1905—1906 гг. Всѣ знаютъ также, что испытанія этихъ лѣтъ они не выдержали. Оболочку, покрывавшую старые основные законы, пришлось расширить и въ ней помѣстить совершенно новыя по духу и по формѣ правовыя положенія. Правда, къ сохранившейся оболочкѣ оказалось прикрѣпленнымъ кое-что и изъ пережившаго политическую реформу стараго содержанія, но все же обновленіе было кореннымъ.

Происхожденіе новыхъ основныхъ законовъ до сихъ поръ не можетъ быть, за отсутствіемъ матеріаловъ, выяснено съ достаточною точностью. Постараюсь собрать то немногое, что стало извѣстнымъ.

Объ основныхъ законахъ впервые офиціально зашла рѣчь въ эпоху 1905—1906 гг., въ рескриптѣ А. Г. Булыгину (8 февраля 1905 г.), при чемъ сразу, въ ту самую минуту, какъ рѣшено было создать народное представительство, было какъ будто сознано, что это рѣшеніе способно поколебать эти законы. „И нынѣ—говорилось въ рескриптѣ,—предпринимая сіе преобразованіе, увѣренный, что знаніе мѣстныхъ потребностей, жизненный опытъ и разумное откровенное

слово лучшихъ выборныхъ людей обезпечитъ плодотворность законодательныхъ работъ на истинную пользу народа, вмѣстѣ съ тѣмъ, предвижу всю сложность и трудность проведенія сего преобразованія въ жизнь, при непремѣнномъ сохраненіи незыблемости основныхъ законовъ Имперіи". Эту „сложность и трудность" задуманнаго сочетанія проектъ А. Г. Булыгина преодолѣвалъ. Въ хорошо извѣстныхъ „Соображеніяхъ министра внутреннихъ дѣлъ о порядкѣ осуществленія Высочайшихъ Его Императорскаго Величества предуказаній, возвѣщенныхъ въ рескриптѣ отъ 18 февраля 1905 г.", внушалась мысль, что намѣченное преобразованіе „произведено, согласно предуказаніямъ Высочайшаго рескрипта, съ осмотрительностью, обезпечивающею неразрывность крѣпкой исторической связи съ прошлымъ, и при условіи незыблемости Основныхъ Законовъ Имперіи". Въ не менѣе извѣстной меморіи Совѣта Министровъ по поводу проекта А. Г. Булыгина такая оцѣнка работы вполнѣ подтверждалась: Совѣтъ „считалъ долгомъ своимъ прежде всего свидѣтельствовать, что предположеніями этими обезпечивается неразрывная историческая связь съ прошлымъ и дѣйствительно достигается, согласно предуказаніямъ рескрипта 18 февраля, охраненіе незыблемости основныхъ законовъ Имперіи". Та же мысль находила себѣ выраженіе въ манифестѣ 6 августа и въ учрежденіи государственной думы, къ нему приложенномъ, ибо оба эти акта ссылались на основные законы, какъ на сохранившіе всю прежнюю силу. Надо сказать, что оцѣнка проекта А. Г. Булыгина, здѣсь выражавшаяся, была несомнѣнно правильной. Не мѣсто судить, какую роль сыграло учрежденіе 6 августа въ историческихъ судьбахъ Россіи и можно ли сказать, что работа, совершенная при выработкѣ учрежденія, была полезна, но никто не станетъ отрицать, что учрежденіе въ самомъ дѣлѣ навсегда останется любопытнѣйшимъ и остроумнымъ логическимъ опытомъ сочетанія политически несочетаемыхъ правовыхъ построеній. Просматривая старые основные законы и учрежденіе 6 августа, нельзя не изумляться искусству, съ которымъ второе было приспособлено къ первымъ.

Манифестъ 17 октября 1905 г. разорвалъ это политическое плетеніе. Сочетать манифестъ съ старыми основными законами было уже невозможно. Жизнь выдвигала совершенно новую проблему, приходилось думать, какъ быть вообще съ основными законами, довольствоваться ли, какъ суррогатомъ ихъ, разрозненными актами новаго законодательства, манифестомъ 17 октября и будущими, подлежавшими переработкѣ, учрежденіями государственнаго совѣта

и государственной думы, или же издать новые основные законы по конституціонному образцу. Общественное мнѣніе, считаясь заранѣе съ новыми условіями и предугадывая новую, выдвинутую манифестомъ 17 октября, задачу, отвѣчало на этотъ вопросъ утвердительно, и налицо было уже нѣсколько частныхъ попытокъ редактировать основной государственной законъ Россійской имперіи (редакція Ф. Ф. Кокошкина и С. А. Котляревскаго [1]), редакція С. А. Муромцева [2]), изъ коихъ вторая, какъ недавно доказалъ Ф. Ф. Кокошинъ [3]), отразилась и на редакціи основныхъ законовъ 23 апрѣля 1906 г.). Рядъ болѣе настоятельныхъ текущихъ задачъ и, вѣроятно, испытывавшіяся колебанія при мысли о первой статьѣ старыхъ основныхъ законовъ, заставляли откладывать это рѣшеніе. Но все же къ необходимости его приходилось возвращаться каждый разъ, какъ за періодъ времени между 17 октября 1905 г. и 23 апрѣля 1906 г. подходили прямо или косвенно къ основнымъ вопросамъ русскаго государственнаго строя. Особенно тѣсно связана была эта задача съ редакціей новыхъ учрежденій государственнаго совѣта и государственной думы, которой занято было совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ графа Д. М. Сольскаго въ ноябрѣ, декабрѣ и январѣ. За скобку учрежденій силою вещей приходилось вынести рядъ основныхъ положеній, касавшихся порядка законодательства, а отчасти и управленія. Меморія совѣщанія [4]) позволяетъ совершенно наглядно судить, какъ невольно разрѣшались вопросы, связанные съ законами основными. Возьму такую выдержку. „...Вмѣстѣ съ тѣмъ—говорится въ меморіи—съ сохраненіемъ незыблемыми коренныхъ положеній основныхъ государственныхъ законовъ (ст. 51 и 54), на основаніи коихъ законъ не можетъ имѣть своего совершенія безъ Высочайшаго утвержденія, постановляется впредь общимъ правиломъ, что никакой законъ не можетъ воспріять силы безъ одобренія государственнаго совѣта и государственной думы“. Понятно поэтому, что манифестъ 20 февраля 1906 г. объ измѣненіи учрежденія государственнаго совѣта и пересмотрѣ учрежденія государственной думы содержалъ рядъ основныхъ положеній, которыхъ естественное мѣсто было въ основныхъ законахъ, гдѣ они, впрочемъ,

---

[1]) Основной государственный законъ Россійской имперіи, изд. редакціи Освобожденія. Парижъ, 1905.

[2]) Сергѣй Андреевичъ Муромцевъ, Сборникъ статей, 1191, 384 сл.

[3]) Тамъ же, 225 сл.

[4]) Обнародована въ книгѣ: Новѣйшія преобразованія русскаго государственнаго строя, 1906, 516—538.

послѣ 23 апрѣля 1906 г. и оказались, и которые свидѣтельствовали, что къ задачѣ составленія новыхъ основныхъ законовъ невольно подходили и что въ то же время разрѣшеніе ея во всей полнотѣ еще предпочитали отложить.

Первыя попытки редактировать весь текстъ основныхъ законовъ связаны хронологически съ тѣмъ же совѣщаніемъ графа Д. М. Сольскаго. Эта первая редакція составлена была въ февралѣ мѣсяцѣ 1906 г. государственной канцеляріей и затѣмъ, вмѣстѣ съ параллельной редакціей канцеляріи комитета министровъ, была въ мартѣ переработана совѣтомъ министровъ. Редакція совѣта министровъ, обнародованная тогда же газетой „Рѣчь" [1]), въ свою очередь подверглась переработкѣ въ совѣщаніи подъ Высочайшимъ предсѣдательствомъ въ первой половинѣ апрѣля 1906 г., а затѣмъ, была Высочайше утверждена 23 апрѣля 1906 г. и распубликована за три дня до созыва первой государственной думы [2]) [3]).

Хронологическія рамки, въ которыхъ происходила работа по составленію новыхъ основныхъ законовъ, и разсѣянныя въ законодательныхъ актахъ переходнаго времени отдѣльныя указанія позволяютъ довольно точно судить о тѣхъ мотивахъ, которые, несмотря на многія колебанія, все же вызвали въ концѣ концовъ ихъ изданіе. Уже въ Учрежденіи государственной думы 6 августа выражалась мысль, что вновь создававшіяся государственныя учрежденія слѣдовало оградить отъ пересмотра вопреки волѣ правительства, сдѣлать ихъ по возможности устойчивыми—мысль вполнѣ понятная въ разгаръ политической борьбы. „Мы сохраняемъ всецѣло за Собою, говорилось въ манифестѣ, заботу о дальнѣйшемъ усовершенствованіи Учрежденія государственной думы, и когда жизнь сама укажетъ необходимость тѣхъ измѣненій въ ея учрежденія, кои удовлетворяли бы вполнѣ потребностямъ времени и благу государственному, не преминемъ дать по сему предмету соотвѣтственныя

[1]) Право 1906, 1380—1387.

[2]) Я имѣлъ уже случай коснуться внѣшней исторіи основныхъ законовъ по поводу происхожденія ст. 2; см. Очерки русскаго государственнаго права, 1911, 468 сл. Нѣкоторыя данныя, заслуживающія вниманія, сообщаетъ Глинскій, къ вопросу о титулѣ „Самодержецъ", Ист. Вѣстн., 1913, февр., 567 сл.

[3]) Этотъ послѣдній фактъ произвелъ въ свое время большое впечатлѣніе, лучшимъ свидѣтельствомъ котораго являются чрезвычайно характерныя пренія III-го съѣзда делегатовъ партіи народной свободы, и пренія первой государственной думы по поводу всеподданнѣйшаго адреса. Стен. отч., I, 73 сл.

въ свое время указанія". Въ манифестѣ 20 февраля 1906 г. выражена та же мысль: „Государственному совѣту и государственной думѣ въ порядкѣ, ихъ учрежденіями опредѣленномъ, предоставляется возбуждать предположенія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ и изданіи новыхъ законовъ, за исключеніемъ основныхъ государственныхъ законовъ, починъ пересмотра коихъ Мы сохраняемъ за Собою". Этотъ текстъ особенно важенъ. 20 февраля 1906 г. новыхъ основныхъ законовъ не было, и такимъ образомъ должны были ограждаться основные законы старые. Неблагодарность такой задачи должна была сознаваться: старые основные законы именно своимъ глубокимъ и непримиримымъ противорѣчіемъ съ построенными на конституціонныхъ началахъ „учрежденіями" давали частью слишкомъ мало и частью слишкомъ много. Во всякомъ случаѣ, достиженіе консервативной задачи, которая имѣлась въ виду въ манифестѣ 20 февраля 1906 г., технически ставилось въ весьма неблагопріятныя условія и оказывалось едва ли осуществимымъ безъ пересмотра основныхъ законовъ. Такое сознаніе и послужило рѣшающимъ мотивомъ къ изданію этихъ послѣднихъ. Этотъ мотивъ совершенно ясно обнаруживается въ именномъ указѣ объ утвержденіи и обнародованіи основныхъ законовъ 23 апрѣля 1906 г. „Вмѣстѣ съ тѣмъ—сказано въ немъ—въ видахъ укрѣпленія основъ обновляемаго государственнаго строя, Мы повелѣли свести воедино постановленія, имѣющія значеніе основныхъ государственныхъ законовъ, подлежащихъ измѣненію лишь по почину Нашему, и дополнить ихъ постановленіями, точнѣе разграничивающими область принадлежащей Намъ нераздѣльно власти верховнаго государственнаго управленія отъ власти законодательной"...

VII.

Съ актомъ 1906 г., помѣщеннымъ кодификаторомъ въ томъ же году на прежнемъ мѣстѣ основныхъ законовъ, въ первой части перваго тома свода, въ Россіи закрѣпляется новое юридическое пониманіе самого термина „законъ основной" — пониманіе *формальное*. Изъ ст.ст. 8 и 107 вытекаетъ, что отнынѣ изданіе у насъ основныхъ законовъ принадлежитъ новой „власти законодательной", съ тѣмъ, что для этого признается обязательнымъ починъ монарха. Это—радикальное, какъ мы знаемъ, новшество въ нашемъ правѣ. Правда, мы видѣли, въ Павловскомъ актѣ 1788/1797 г. также имѣлся намекъ на формальное понятіе; онъ сохранился и нынѣ въ статьѣ 39

кодификаціоннаго изданія („Императоръ и Императрица, престолъ наслѣдующіе, при вступленіи на оный и мνропомазаніи, обязуются свято соблюдать вышепостановленные законы о наслѣдіи престола“), которая теперь имѣетъ совершенно иное, чѣмъ прежде, содержаніе—въ старыхъ основныхъ законахъ это постановленіе дѣлало законъ о престолонаслѣдіи неизмѣннымъ, а теперь оно обязываетъ лишь соблюдать этотъ законъ, пока таковой не измѣненъ по почину монарха въ законодательномъ порядкѣ. Но актъ Императора Павла едва ли здѣсь слѣдуетъ вспоминать: онъ, конечно, недостаточенъ, чтобы пріуменьшить важность появленія въ 1906 г. въ русскомъ правѣ формальнаго понятія основного законодательства.

На слѣдующій день послѣ изданія основныхъ законовъ однимъ изъ нашихъ видныхъ политическихъ дѣятелей было сказано объ актѣ 23 апрѣля: „Лучшее въ немъ есть только ухудшеніе худшей части худшихъ европейскихъ конституцій“ [1]. Воздержусь отъ политической оцѣнки основныхъ законовъ вообще, но нѣтъ сомнѣнія, что въ новомъ, созданномъ ими формальномъ понятіи основныхъ законовъ заключается усвоеніе „лучшей части европейскихъ конституцій“.

Слѣдуетъ ли придавать съ правовой точки зрѣнія особое значеніе тому моменту въ вытекающемъ изъ акта 23 апрѣля 1906 г. понятіи основного закона, который состоитъ въ исключительности почина монарха? Я думаю, что нѣтъ. Я имѣлъ случай въ печати подробно разсматривать вопросъ о починѣ въ дѣлѣ измѣненія основныхъ законовъ по русскому праву [2]) и пришелъ къ выводу, что правовымъ суррогатомъ отсутствующаго права почина у насъ,—какъ то дѣйствовало даже по отношенію къ общему законодательству во многихъ странахъ Запада, а въ предѣлахъ Россіи въ Финляндіи,—могло бы служить всеподданнѣйшее ходатайство законодательныхъ учрежденій о возбужденіи законодательнаго предположенія. Такое право, которое не трудно обосновать изъ общихъ полномочій законодательныхъ учрежденій въ Россіи, не очень существенно отличалось бы отъ общаго права почина въ дѣлахъ законодательныхъ въ томъ видѣ, въ какомъ оно выражено въ основныхъ законахъ.

Въ той же связи мнѣ приходилось отмѣтить, что—для многихъ незамѣтно—въ Россіи уже обнаружилась сравнительная легкость

---

1) П. Н. Милюковъ; см. Право, 1906, 1694.

2) Законодательный починъ по русскому праву, Право, 1911.

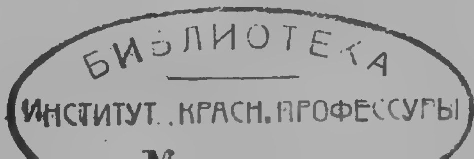
пересмотра основного законодательства. Закономъ 1910 г. о порядкѣ изданія касающихся Финляндіи законовъ и постановленій общегосударственнаго значенія, законодательный починъ государственной думы и государственнаго совѣта, въ измѣненіе ст.ст. 8 и 107 основныхъ законовъ, былъ суженъ, а равенство государственнаго совѣта и государственной думы въ дѣлахъ законодательныхъ, провозглашенное 106 ст. тѣхъ же законовъ, оказалось нарушеннымъ непризнаніемъ за государственнымъ совѣтомъ права передавать касающіеся Финляндіи законопроекты на заключеніе Финляндскаго сейма.

VIII.

Рядомъ съ изученнымъ понятіемъ основного закона, у насъ несомнѣнно дѣйствуетъ еще и второе, выраженное въ статьѣ 125 кодификаціоннаго изданія акта 1906 г., текстъ которой я привелъ выше, въ началѣ моей работы, и гдѣ сказано, что учрежденіе о Императорской Фамиліи, сохраняя силу законовъ основныхъ, измѣняется Государемъ Императоромъ лично.

Происхожденіе этого второго понятія прослѣдить въ исторіи редактированія основныхъ законовъ не трудно. Тотъ текстъ ихъ, который былъ выработанъ совѣтомъ министровъ [1]), заключалъ въ себѣ слѣдующую ст. 21: „Постановленія свода законовъ (т. I, ч. 1, изд. 1892 г.) о порядкѣ наслѣдія Престола (ст.ст. 3—17), о совершеннолѣтіи Государя Императора, о правительствѣ и опекѣ (ст.ст. 18—30), о вступленіи на престолъ и о присягѣ подданства (ст.ст. 31—34), о священномъ коронованіи и мѵропомазаніи (ст.ст. 35 и 36), о титулѣ Его Императорскаго Величества и о государственномъ гербѣ (ст.ст. 37—39), о вѣрѣ (ст.ст. 40—46) и объ Императорской Фамиліи (ст.ст. 82—179), а также приложенія къ симъ статьямъ, сохраняютъ силу основныхъ законовъ“. Въ этомъ проектѣ Учрежденіе о Императорской Фамиліи было включено въ общую рубрику основныхъ законовъ и наравнѣ съ другими, перечисленными въ статьѣ, положеніями прежней первой части перваго тома, должно было подлежать пересмотру лишь съ одобренія законодательныхъ учрежденій. Перерабатывая—видимо, юридически не вполнѣ опытной рукой—это правило по существу, изъ прежней редакціи перенесли въ новую ссылку на сохраненіе учрежденіемъ „силы основ-

[1]) Редакція, въ свое время обнародованная газетой „Рѣчь“. См. выше.



ныхъ законовъ“ и не подумали, что теперь основные законы значили нѣчто совершенно несовмѣстимое съ тѣмъ правиломъ, которымъ дополнили старую редакцію.

Кодификаторъ послѣдовалъ тѣмъ же путемъ. Вмѣсто того, чтобы выдѣлить учрежденіе о императорской фамиліи въ отдѣльную часть перваго тома, что было бы гораздо правильнѣе, онъ соединилъ въ одно цѣлое совершенно разнородныя въ формальномъ отношеніи законодательныя велѣнія.

Результатомъ неудачной редакціи ст. 125 осн. зак., усугубленной неосмотрительной кодификаціей, и является второе совершенно излишнее понятіе основныхъ законовъ, у насъ дѣйствующее рядомъ съ тѣмъ первымъ и главнымъ, которое заключается въ ст.ст. 8 и 107—понятіе „основныхъ законовъ“, измѣняемыхъ монархомъ лично. Нѣтъ никакихъ основаній считать, что оно „противорѣчитъ“ первому: оно просто иное. Особыхъ практическихъ недоразумѣній при толкованіи закона оно вызвать не можетъ, ибо всѣ статьи, касающіяся основного законодательства, и въ первомъ, и во второмъ смыслахъ, редактированы съ полной точностью и ясностью, и съ нимъ поэтому можно въ концѣ концовъ мириться. Учрежденіе о Императорской Фамиліи является въ нашемъ правѣ совершенно самостоятельнымъ типомъ государственнаго волеизъявленія, именуемымъ „основнымъ закономъ“, но—слѣдуетъ всегда добавлять—основнымъ закономъ „въ старомъ смыслѣ“. Это остатокъ—весьма скромный по своему значенію—того пониманія основного законодательства, которое было создано въ XVIII и началѣ XIX вѣка и освящено первымъ изданіемъ свода.

М. Б. Горенбергъ [1]) опредѣляетъ эту часть нашего законодательства „семейнымъ статутомъ“ Императорскаго Дома. Я не думаю, чтобы этотъ терминъ хорошо передавалъ основную мысль русскаго права. При всѣхъ своихъ погрѣшностяхъ, та, порожденная споромъ о престолонаслѣдіи въ Липпе, школа германскихъ государствовѣдовъ, которую Аншюцъ остроумно назвалъ „новѣйшимъ легитимизмомъ“ (Арндтъ, Кекуле, Штеркъ и въ особенности Ремъ) [2]), съ большею ясностью установила, что въ монархическомъ правѣ Запада существуютъ до сихъ поръ элементы патримоніальнаго права княжескихъ домовъ, сохраняющагося въ разнообразныхъ семейныхъ актахъ [3]). Наше учрежденіе о Императорской Фамиліи такого па-

---

[1]) У Коркунова, Русское государственное право, II, 7 изд. 53.
[2]) У Meyer, 257.
[3]) Rehm, Modernes Fürstenrecht, 7.

тримоніальнаго характера не имѣетъ. Оно цѣликомъ государственно, какъ государственнымъ былъ, мы знаемъ, „фундаментальный законъ" Императора Павла. Но, его тѣмъ не менѣе, не слѣдуетъ смѣшивать съ основными законами въ собственномъ смыслѣ. Мы имѣемъ въ немъ государственное велѣніе, за содержаніемъ котораго признано основное значеніе, но которое съ формальной точки зрѣнія сливается съ актами указной власти.

Сообщеніе бар. Б. Э. Нольде вызвало слѣдующій обмѣнъ мнѣній.

Н. И. Лазаревскій отмѣчаетъ крупныя научныя достоинства доклада Б. Э. Нольде. Докладъ посвященъ вопросу, совершенно неизвѣстному въ нашей наукѣ государственнаго права, несмотря на то, что у насъ именно этому вопросу въ послѣднее время придавалось и придается большое значеніе. Оппонентъ не можетъ, однако, согласиться съ отдѣльными частностями въ изложеніи докладчика. Несмотря на прекрасное изслѣдованіе предмета, докладчикъ не разъяснилъ, однако, темнаго вопроса о происхожденіи учрежденія Императорской Фамиліи и о его юридической природѣ. Остается неяснымъ юридическое значеніе акта Павла I. Есть ли онъ лишь семейный договоръ, или за нимъ должно признать значеніе государственнаго закона? Докладчикъ оперировалъ лишь съ этими двумя понятіями, упустивъ при этомъ изъ виду, что германское Privatfürstenrecht знаетъ еще третье понятіе Hausgesetz. Это понятіе господствовало, по преимуществу, въ сѣверной Германіи и, между прочимъ, въ томъ Ольденбургско-Голштинскомъ домѣ, изъ котораго Павелъ происходилъ. Павелъ не могъ прибѣгнуть къ формѣ семейнаго договора по той простой причинѣ, что у него не было агнатовъ. Правильно поэтому признать, что у насъ, на ряду съ основными законами въ подлинномъ смыслѣ, въ первую часть перваго тома свода законовъ включенъ и семейный законъ правящей династіи. Это старое раздвоеніе основныхъ законовъ сказалось особенно чувствительно съ переходомъ Россіи къ конституціонному государственному строю. Основные законы въ подлинномъ смыслѣ могутъ подлежать измѣненію, хотя и по исключительной иниціативѣ Монарха, исключающей иниціативу двухъ другихъ органовъ законодательной власти, однако измѣненіе это не можетъ имѣть мѣста безъ согласія палатъ,

*

подчиняясь общему законодательному порядку; учрежденіе же Императорской Фамиліи—въ отличіе не только отъ основныхъ законовъ, но и отъ всѣхъ законовъ вообще—можетъ быть измѣнено и внѣ общаго законодательнаго порядка, какъ это имѣло уже мѣсто однажды послѣ 17 октября 1905 г. въ отношеніи примѣчанія къ ст. 188 (Высочайшій указъ отъ 11 августа 1911 г.). Статья 125, которою начинается раздѣлъ второй основныхъ законовъ, гласитъ, что учрежденіе Императорской Фамиліи сохраняетъ силу законовъ основныхъ; здѣсь закономъ именуется то, что можетъ быть измѣняемо внѣ общаго порядка, установленнаго для законовъ (ст.ст. 7, 86 и 111 осн. зак.). Не можетъ поэтому подлежать спору, что учрежденіе Императорской Фамиліи не есть законъ. Авторами основныхъ законовъ 1906 г. допущено явное недоразумѣніе, допущено смѣшеніе воедино совершенно разнородныхъ элементовъ, закона и не-закона, при чемъ смѣшеніе это произведено и съ внѣшней стороны неудачно. Прежде всего, основные законы дѣлятся на двѣ части: 1) основные законы и 2) учрежденіе Императорской Фамиліи. Такимъ образомъ, по заголовку первая часть равна цѣлому. Затѣмъ, въ частности, относительно учрежденія Императорской Фамиліи въ ст. 25 осн. зак. 23 апрѣля 1906 г. (ст. 125 кодификаціоннаго изданія) говорится, что учрежденіе это „сохраняетъ силу законовъ основныхъ“,—и въ этомъ двойное недоразумѣніе: раньше оно той силы, которую имѣютъ теперь законы основные, не имѣло и, слѣдовательно, „сохранить“ эту силу не могло; кромѣ того, и теперь сила этого учрежденія—не та, что сила основныхъ законовъ, такъ какъ основные законы могутъ пересматриваться только при участіи гос. думы и гос. совѣта, хотя не иначе, какъ по инициативѣ Монарха, между тѣмъ какъ учрежденіе Императорской Фамиліи можетъ подлежать пересмотру помимо гос. думы и гос. совѣта.

А. Н. Макаровъ, въ общемъ вполнѣ присоединяясь къ основнымъ выводамъ докладчика, считаетъ лишь нужнымъ отмѣтить, что мысль объ особо квалифицированномъ характерѣ основныхъ законовъ была не чуждою и государственнымъ дѣятелямъ первой половины XIX столѣтія. Докладчикъ, къ сожалѣнію, не остановился на проектѣ „Уставной грамоты“ Н. Н. Новосильцова; въ этомъ памятникѣ русской политической мысли первой четверти XIX вѣка (1818 г.)

уже ясно проводится та точка зрѣнія, что основные законы должны быть подчинены особому порядку пересмотра, ясно разграничивается законодательство конституціонное и обыкновенное. Учредительная власть, согласно проекту Новосильцова, принадлежитъ безраздѣльно верховной власти, которая оставляетъ за собою право „дополнять“ жалуемый „основной законъ имперіи“, тогда какъ власть законодательная раздѣляется государемъ съ государственнымъ сеймомъ. Такое разграниченіе вполнѣ отвѣчало политическимъ настроеніямъ эпохи, настроеніямъ, отразившимся какъ на октроированной хартіи Людовика XVIII, такъ и на польской конституціи 1815 г., дарованной Польшѣ самимъ Александромъ I. Изъ сказаннаго слѣдуетъ сдѣлать выводъ, что понятіе конституціи въ формальномъ смыслѣ, понятіе особаго порядка основного законодательства, было извѣстно въ Россіи уже сто лѣтъ назадъ.

Членъ гос. думы *П. П. Гронскій* отмѣчаетъ чрезвычайно существенные дефекты кодификаціи новыхъ основныхъ законовъ, въ особенности учрежденія Императорской Фамиліи. Ст. 222 т. I ч. 1 сохраняетъ старое именованіе Монарха, называя его „неограниченнымъ самодержцемъ“, что находится въ полномъ противорѣчіи съ первымъ раздѣломъ т. I ч. 1 основныхъ законовъ, въ которыхъ эпитетъ этотъ уже не находитъ себѣ мѣста. Упоминаніе о неограниченномъ самодержавіи въ корнѣ противорѣчитъ новому государственному порядку, закрѣпленному въ основныхъ законахъ. Переходя къ затронутому докладчикомъ вопросу объ учредительной власти по нашимъ основнымъ законамъ и о порядкѣ пересмотра основныхъ законовъ, оппонентъ, не возражая противъ необходимости формальнаго отграниченія власти учредительной отъ власти законодательной, полагаетъ, однако, что тотъ критерій отграниченія, который дается нашими основными законами, далеко не удовлетворителенъ, и что, относительно говоря, съ точки зрѣнія общественно-политической, установленный у насъ порядокъ пересмотра основныхъ законовъ представляется неудовлетворительнымъ. При господствѣ этого порядка нѣтъ надежды на устраненіе той законодательной пробки, какую представляетъ собою наша нынѣшняя верхняя палата. Кромѣ того, разъ пересмотръ основныхъ законовъ требуетъ, въ качествѣ необходимой своей

предпосылки, инициативы Монарха, то слѣдовательно, по отношенію къ законодательнымъ палатамъ и, въ частности, къ народному представительству, основные законы являются забронированною частью законодательства. Несмотря па всѣ преимущества формальнаго отграниченія учредительной власти отъ власти законодательной, оппонентъ, тѣмъ не менѣе, предпочелъ бы, чтобы наши основные законы подлежали бы пересмотру въ обычномъ законодательномъ порядкѣ.

А. Г. Вороновъ считаетъ нужнымъ отмѣтить, что представленіе объ основныхъ законахъ существовало въ русскомъ обществѣ ранѣе воцаренія императора Павла I. Извѣстный историкъ и публицистъ временъ Екатерины II, князь М. М. Щербатовъ, въ заключительной части своей записки „О поврежденіи нравовъ въ Россіи", высказываетъ желаніе, чтобы Россія имѣла Государя, „могущаго имѣть довольно великодушія и любви къ отечеству, чтобы составить и предать основательныя права государству, и довольно твердаго, чтобы ихъ исполнять". Здѣсь терминъ „основательныя права" употребленъ Щербатовымъ въ современномъ смыслѣ основныхъ государственныхъ законовъ.

Докладчикъ бар. *Б. Э.Нольде* въ немногихъ словахъ отвѣтилъ возражавшимъ ему. Изслѣдованіе Новосильцевскаго проекта, о которомъ говорилъ А. Н. Макаровъ, представляло бы, дѣйствительно, значительный интересъ, какъ и вообще изученіе исторіи политическихъ идей въ Россіи въ 18 и 19 столѣтіяхъ. При осуществленіи такой задачи было бы, между прочимъ, весьма важно установить вліяніе западныхъ образцовъ, въ частности, образцовъ шведскихъ, на русскія учрежденія и проекты преобразованій. Однако, докладчикъ совершенно сознательно ограничилъ рамки своей работы. Вопросъ, затронутый Н. И Лазаревскимъ, представляется докладчику весьма темнымъ. Вліяніе западно-европейскихъ прецедентовъ на актъ Павла I не подлежитъ сомнѣнію; но установить ближайшимъ образомъ, откуда заимствованъ текстъ акта, докладчику не удалось. Онъ полагаетъ, что внѣ изслѣдованія архивныхъ рукописей эта задача не разрѣшима. Докладчикъ думаетъ, что актъ 1788—1797 г.г. былъ завѣщаніемъ. Вѣрно, что въ сѣверной Германіи существовало понятіе семейнаго закона, о которомъ говорилъ Н. И. Лазаревскій; но той своеобразной формы юридической сдѣлки, какою является совмѣстный актъ мужа и жены, съ

которой мы имѣемъ дѣло въ данномъ случаѣ, германскіе семейные законы не принимали. Вопреки утвержденію Рема, семейные акты безъ участія агнатовъ существовали въ Германіи еще до 1806 года. Но актъ Павла I, сходный съ ними въ этомъ отношеніи, въ то же время, несомнѣнно, имѣетъ иную конструкцію. Что касается спайки основныхъ законовъ и учрежденія Императорской Фамиліи, то она совершенно искусственна и имѣетъ исключительно кодификаціонное происхожденіе и кодификаціонное значеніе—гораздо правильнѣе было бы учрежденіе Императорской Фамиліи помѣстить отдѣльно отъ основныхъ законовъ въ видѣ 2 части I тома. По существу же, конечно, учрежденіе Императорской Фамиліи не есть законъ въ формальномъ смыслѣ, и, собственно, „закономъ“ оно нигдѣ и не названо. Что касается, далѣе, предиката „неограниченный“, оставшагося въ ст. 222, то большой бѣды отъ одного слова быть не можетъ: серьезно нельзя говорить, что у насъ сохранилось въ силѣ неограниченное самодержавіе, ибо нашими основными законами опредѣленно установленъ строй конституціонный. Въ основныхъ законахъ сохранились и другія шероховатости; акты объ отреченіи отъ престола опредѣляются, напримѣръ, въ ст. 38, какъ „законы“. Признавая наличность той двойственности основныхъ законовъ, о которой говорилъ Н. И. Лазаревскій, докладчикъ полагаетъ однако, что особыхъ недоразумѣній неудачная редакція ст. 125 кодификаціоннаго изданія, по существу своему, не можетъ вызывать. Наконецъ, что касается затронутаго П. П. Гронскимъ вопроса о предпочтительности, съ точки зрѣнія политической и въ нашихъ современныхъ условіяхъ, порядка пересмотра основныхъ законовъ, обратнаго принятому у насъ, докладчикъ полагаетъ, что право законодательныхъ учрежденій возбуждать вопросъ о пересмотрѣ основныхъ законовъ, когда такая задача политически будетъ достижима, найдетъ себѣ признаніе въ формѣ соотвѣтствующаго права петиціи, какъ это имѣло мѣсто и на Западѣ.

Предсѣдатель *В. М. Гессенъ*, въ своемъ резюме, привѣтствуетъ докладъ Б. Э. Нольде, какъ серьезное научное изслѣдованіе. По содержанію своему, оно дѣлится на двѣ части—на изслѣдованіе происхожденія понятія основныхъ законовъ въ старомъ нашемъ государственномъ правѣ и въ новомъ конституціонномъ правѣ. Соединеніе это можетъ показаться

искусственнымъ, но докладъ въ его цѣломъ проникнутъ одною мыслью—идею существеннаго различія между старыми и новыми основными законами, исключающаго всякую преемственную связь между ними. Основное содержаніе доклада—выясненіе основныхъ идей нашихъ старыхъ основныхъ законовъ и, въ частности, того вліянія, которое оказано на нихъ идеями Монтескье въ переработкѣ ихъ Екатерининскимъ наказомъ. Къ сожалѣнію, докладчикъ не остановился на томъ вліяніи, которое оказано было школою естественнаго права. Можно доказать, что и Сперанскій находился подъ вліяніемъ этой школы. Пренія по докладу не выявили никакихъ контроверзъ. Вопроса о юридической природѣ акта Павла I покуда, повидимому, не разрѣшить. Что касается указанной Н. И. Лазаревскимъ двойственности нашихъ основныхъ законовъ, то съ оцѣнкою этой двойственности, сдѣланною Б. Э. Нольде, согласиться невозможно. Здѣсь—не только неловкость или погрѣшность кодификатора. Уже первая статья учрежденія Императорской Фамиліи („сохраняя силу законовъ основныхъ") придаетъ, въ предѣлахъ дѣйствующаго права, учрежденію Императорской Фамиліи силу основныхъ законовъ. При наличности ст. 125, кодификаторъ и поступить иначе не могъ, чѣмъ онъ сдѣлалъ это: ибо, если ст. 125 оставлена въ прежней редакціи, то кодификаторъ не могъ избѣжать включенія учрежденія Императорской Фамиліи въ сводъ основныхъ государственныхъ законовъ. Что касается, наконецъ, затронутаго П. П. Гронскимъ вопроса о постановкѣ у насъ права пересмотра основныхъ законовъ, то въ связи съ разъясненіями по этому предмету, исходившими отъ Б. Э. Нольде, нелишне указать, что конституціонное развитіе всюду и неизбѣжно приводитъ къ тому, что съ теченіемъ времени къ палатамъ переходитъ законодательная инициатива и въ области учредительныхъ функцій. Весь докладъ Б. Э. Нольде въ его цѣломъ представляетъ значительную научную цѣнность, за что докладчикъ заслуживаетъ горячей признательности собранія.

Собраніе единодушными рукоплесканіями выражаетъ благодарность доклачику, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

6 февраля 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя уголовнаго отдѣленія Общества *А. А. Жижиленко.*

Предметомъ занятій служили: 1) сообщеніе дѣйствительнаго члена общества *М. М. Исаева*: „*Обзоръ дѣятельности тюремнаго вѣдомства при новыхъ законодательныхъ учрежденіяхъ*", и 2) бесѣда по предмету сообщенія.

По открытіи засѣданія слово предоставляется докладчику *М. М. Исаеву*, сообщившему слѣдующее [1]):

Нелегко вообще касаться вопросовъ нашего тюремнаго вѣдомства. Еще тяжелѣе становится на душѣ когда нужно подводить „тюремные" итоги за время дѣйствія нашей „конституціи". Слишкомъ рѣзка разница между надеждами, вызванными 17 октября, когда царило убѣжденіе, что наши тюрьмы будутъ навсегда свободны отъ „постоя" въ нихъ политическихъ заключенныхъ, и тѣми чувствами, которыя охватываютъ всякаго прогрессивно настроеннаго русскаго человѣка, когда онъ мысленно окинетъ шесть лѣтъ господства „конституціоннаго" режима въ нашей родинѣ. Плоды послѣдняго горьки и для россійскихъ гражданъ, находящихся по сю сторону тюремной ограды; естественно, что они еще горше для тѣхъ, кто лишенъ свободы въ „предупрежденіе" или, тѣмъ болѣе, въ наказаніе. Испытывая лично на себѣ дѣйствіе конституціи, россійскій „гражданинъ" не могъ за эти пять-шесть лѣтъ не отзываться болѣзненно на всѣ тѣ вѣсти и слухи, что время отъ времени распространялись въ обществѣ по поводу „творимаго" за тюремными

---

[1]) Докладъ былъ напечатанъ въ „Журналѣ Уголовнаго Права и процесса", 1913 г., № 1

стѣнами. Само же тюремное вѣдомство признаетъ, что „даже и при отсутствіи какихъ бы то ни было злоупотребленій или безпорядковъ, общественное вниманіе особенно чутко относится къ происходящему въ тюрьмахъ"... Но если, такимъ образомъ, признается за общественнымъ мнѣніемъ извѣстное право интересоваться тюремными вопросами, то должно же наше тюремное управленіе понять психологію русскаго гражданина и допустить для него право дѣлать заключенія о проявленіяхъ „твердой" власти по отношенію къ несвободной части населенія, на основаніи хотя бы только своего личнаго знакомства съ ней въ качествѣ обывателя, находящагося на свободѣ. Тюремное вѣдомство, отмѣчая „чуткость" нашего общественнаго мнѣнія, считаетъ, что излишнее проявленіе этой чуткости вызвано ничѣмъ инымъ, какъ печатью. „Не будучи достаточно освѣдомлена въ дѣлѣ, печать нерѣдко раздуваетъ мелкіе инциденты въ событія, искусственно создаетъ сенсаціонные факты и тѣмъ оказываетъ давленіе даже на нѣкоторую часть народныхъ представителей". Тюремное вѣдомство полагаетъ, что на него „взваливаются всевозможныя, самыя нелѣпыя обвиненія изъ политически-партійныхъ соображеній", и не допускаетъ мысли о томъ, что можно возмущаться и негодовать по поводу насилій или даже излишне суроваго режима во имя простой только человѣчности. И хотя тюремное вѣдомство неоднократно и „самымъ категорическимъ образомъ" опровергало не только на русскомъ, но и на французскомъ діалектѣ [1])—для западной Европы—эти „нелѣпыя" обвиненія, прогрессивное русское, да и не только русское, общественное мнѣніе этими „опроверженіями" успокоено быть не могло, какъ не можетъ успокоить его и напечатанный въ октябрьской книжкѣ „Тюремнаго Вѣстника" за 1912 г. довольно обширный (120 стр.) „Обзоръ преобразованій по тюремной части при новыхъ законодательныхъ установленіяхъ" (1906 — 1912 г.г.) [2]).

I.

Вступая въ полосу дѣятельности Государственной Думы четвертаго созыва, тюремное вѣдомство подвело итоги своей работы за шесть лѣтъ. Оно смѣло могло бы взять въ девизъ своего обзора

---

[1]) См. A propos des bruits sur les pretendues opressions des detenus dans les prisons russes. Dementi officiel. St. Pétersbourg. 1910. Цѣна 20 к.

[2]) „Обзоръ" выпущенъ и отдѣльнымъ изданіемъ. СПБ. 1913 г. Ц. 50 к.

изреченіе, довольно часто встрѣчающееся въ студенческихъ работахъ на медальную тему: „feci quod potui, faciant meliora potentes“. Чувствомъ глубокаго удовлетворенія своей работой, сознаніемъ исполненнаго долга дышитъ этотъ оффиціальный „обзоръ преобразованій по тюремной части при новыхъ законодательныхъ установленіяхъ“. Иногда даже умиленіе охватываетъ составителей обзора при взглядѣ на то, что только ни было достигнуто тюремнымъ вѣдомствомъ По ихъ собственнымъ словамъ, напр., „достигнутое въ теченіе 1906—1908 г.г. увеличеніе общей численности арестантскихъ мѣстъ на $11^1/_2$ тысячъ представляется фактомъ, обращающимъ на себя особое вниманіе и свидѣтельствующимъ не только о чрезвычайной энергіи, которую въ то время тюремное вѣдомство проявило, но и о необыкновенной изобрѣтательности органовъ тюремной власти, сумѣвшихъ создать столь внушительную цифру новыхъ арестантскихъ мѣстъ почти изъ ничего—на тѣ ничтожные кредиты, которые находились въ его распоряженіи“... [1]).

Я далекъ отъ того, чтобы видѣть дѣятельность нашего тюремнаго вѣдомства окрашенной исключительно въ мрачные тона. На справедливую оцѣнку со стороны общественнаго мнѣнія имѣетъ всѣ права и тюремное вѣдомство. Нельзя, прежде всего, упускать изъ виду необычайное увеличеніе тюремнаго населенія, начиная съ 1906 г. Одно размѣщеніе этого населенія уже составляетъ чрезвычайно трудную задачу. Въ увеличеніи же числа заключенныхъ тюремное вѣдомство, конечно, неповинно.

Цифры же роста тюремнаго населенія въ эпоху конституціи весьма знаменательны. Къ концу 1905 г. населеніе русскихъ тюремъ составляло около $95^1/_2$ т., число предназначенныхъ для ихъ содержанія мѣстъ простиралось до 104 т. Каторжныхъ было всего около шести тысячъ (5.748), т. е. $^1/_{16}$. „Общая численность политическихъ арестантовъ“, по словамъ „обзора“, „едва ли превышала 500—600 чел.“.

За трехлѣтній періодъ, съ начала 1906 г. до начала 1909 г., численность вообще заключенныхъ возросла до 180 т., число каторжныхъ до 21 т. (впослѣдствіи—до 32 т.). Мѣстъ же заключенія за эти три года удалось довести лишь до 115 т. Ко времени закрытія третьей Думы число мѣстъ было доведено уже до 140 т.

---

[1]) Слѣдуетъ отмѣтить, что, къ сожалѣнію, „необыкновенная изобрѣтательность“ органовъ тюремной власти не помѣшала въ 1908—1909 г.г. возникновенію въ тюрьмахъ настоящей тифозной эпидеміи, о чемъ будетъ сказано ниже.

Число же заключенныхъ на 1 августа 1910 г. составляло около 184 т., такъ что соотношеніе числа мѣстъ къ числу заключенныхъ, въ особенности, если принять во вниманіе, что до 17 т. размѣщены на внѣшнихъ работахъ (Амурская ж. д. и другія работы)—въ настоящее время стало болѣе нормальнымъ, чѣмъ въ періодъ 1906—1909 г.г. Не слѣдуетъ только забывать, что даже и нормальное соотношеніе по *всей* имперіи не исключаетъ возможности переполненія отдѣльныхъ тюремъ и появленія связанныхъ съ этимъ обстоятельствомъ послѣдствій.

Изъ отчета тюремнаго вѣдомства за 1910 г. видно, что и составъ тюремнаго населенія рѣзко измѣнился. Если въ 1905 г. % долгосрочныхъ (приговоренные къ каторгѣ, а также къ арестантскимъ отдѣленіямъ свыше 1 года) къ общему числу заключенныхъ равнялся 21,6, то въ 1910 г.—33%. Въ частности, ссыльно-каторжные составляли въ 1905 г.—7,2% общаго числа заключенныхъ, въ 1910 г.—17%. До какихъ размѣровъ возросло съ 500—600 человѣкъ число „политическихъ арестантовъ"—и отчетъ за 1910 г. и „обзоръ", къ сожалѣнію, забываютъ указать.

Раскинутое на громадной территоріи Россійской имперіи, тюремное населеніе, равняющееся тюремному населенію почти всей Западной Европы, которымъ въ 1905 г. можно было населить хорошій уѣздный городъ, а въ 1910 г. крупный губернскій,—своимъ числомъ уже предъявляетъ къ вѣдомству задачи огромной трудности. И надо отдать справедливость: приспособленіе къ этому числу, возросшему вдвое за какихъ-нибудь три года, болѣе или менѣе надлежащаго количества мѣстъ за 6 лѣтъ указываетъ на большую степень проявленной энергіи со стороны тюремнаго вѣдомства. Что одно время тюремное вѣдомство было подавлено наплывомъ заключенныхъ, что въ 1907 и 1908 г.г. наблюдалась „чрезвычайная скученность", признаетъ и самъ „обзоръ" и видитъ въ этомъ же причину „сильнаго развитія" эпидеміи тифа. Эта эпидемія, вспыхнувшая въ 1908 г., своего апогея достигла въ началѣ 1909 г., когда, согласно обзору, было свыше 3.000 больныхъ. Къ концу 1909 г. ихъ было уже менѣе 300.

Какъ уже сказано, въ переполненіи тюремъ вѣдомство не виновато. Но, съ другой стороны, развѣ слухи и вѣсти, хотя бы газетные, о скученности и невозможномъ переполненіи тюремъ и порожденной ими же — по признанію самого вѣдомства—тифозной эпидеміи не оправдываютъ тревоги, охватившей въ свое время общество, которое не могло не считать заключенныхъ

сбреченными, по крайней мѣрѣ, на болѣзнь? Вѣдь скученность, помимо своихъ острыхъ проявленій—въ видѣ тифа—медленно, но вѣрно скажется и на развитіи туберкулеза.

Можно ли, при такихъ условіяхъ, говорить о тенденціозности, объ измышленіяхъ печати въ отношеніи санитарнаго состоянія тюремъ, хотя бы въ эти годы?

Нельзя отрицать, далѣе, что въ области арестантскихъ работъ тюремнымъ вѣдомствомъ сдѣлано тоже не мало, если судить по размѣрамъ заработка заключенныхъ. Въ 1900—1903 г.г. онъ составлялъ, приблизительно, $1^1/_2$ мил. руб., въ теченіе 1904, 1905 и 1906 г.г. понизился, въ 1907 г. вновь вернул'я къ уровню 1903 г. Въ 1908 г. заработокъ дошелъ до 2 мил. руб. Съ 1909 г. тюремное насесеніе перестало подвергаться рѣзкимъ измѣненіямъ: въ 1909 г. оно увеличилось, по сравненію съ 1908 г., менѣе чѣмъ на 4.000 чел. или на $2^1/_2$%, въ 1910 г. находилось на уровнѣ 1908 г. и лишь въ 1911 г. увеличилось—по приблизительнымъ еще даннымъ—по сравненію съ 1909 г. на 5%. И, тѣмъ не менѣе, заработокъ составлялъ:

Въ 1908 г. около 2 мил. руб.
» 1909 » » $2^1/_2$ » »
» 1910 » » 3 » »
» 1911 г., по предварительному подсчету, болѣе 4 мил. руб.

Но приведенныя данныя вмѣстѣ съ тѣмъ показываютъ, что въ свое время слухи о томъ, что заключенные осуждены на самое худшее — на безработицу — имѣли за собой извѣстное основаніе.

За время дѣятельности 3-й Думы тюремное вѣдомство значительно улучшило матеріальное положеніе начальниковъ и помощниковъ начальниковъ тюремъ и надзирателей. Увеличилось и число послѣднихъ. Въ 1908 г. штатныхъ надзирателей было немногимъ болѣе 13 т., по смѣтѣ 1912 г. ихъ предусмотрѣно 16.728 человѣкъ. Увеличеніе числа стражи, само по себѣ уже, облегчило службу ея. Улучшивъ положеніе тюремныхъ чиновъ съ матеріальной стороны, вѣдомство принимаетъ мѣры и къ поднятію ихъ образовательнаго ценза. Съ этой цѣлью, въ началѣ 1912 г. были внесены въ Гос. Думу два законопроекта: объ учрежденіи школъ для подготовленія старшихъ надзирателей на 100 чел. въ С.-Петербургѣ и старшихъ надзирательницъ въ Москвѣ на 25 чел. Другой проектъ касался

учрежденія тюремныхъ курсовъ при главномъ тюремномъ управленіи—въ будущемъ вѣдомство предполагаетъ развернуть курсы въ „спеціальное учебное заведеніе, подготовляющее достаточно свѣдущихъ какъ въ теоретическомъ, такъ и въ практическомъ отношеніяхъ тюремныхъ дѣятелей, недостатокъ которыхъ долго еще будетъ чувствоваться въ нашемъ отечествѣ“. Необходимость созданія „курсовъ“ вѣдомство обосновываетъ, между прочимъ, и тѣмъ соображеніемъ, что юридическіе факультеты нашихъ университетовъ по большей части „не находятъ возможнымъ сообщать своимъ слушателямъ спеціальныя познанія по тюрьмовѣдѣнію, которыя вполнѣ отвѣчали бы требованіямъ тюремной службы“. На это можно замѣтить, что при самой широкой постановкѣ преподаванія уголовнаго права въ университетахъ послѣдніе не могутъ, да и не должны, выпускать слушателей, которые бы „вполнѣ“ отвѣчали требованіямъ тюремной службы, какъ не выпускаетъ университетъ готовыхъ судей, прокуроровъ, адвокатовъ. Подготовка къ той или другой спеціальности достигается прохожденіемъ „стажа“, „кандидатуры“. Такіе кандидаты на тюремныя должности имѣются и въ настоящее время при главномъ тюремномъ управленіи. Но бѣда для тюремнаго вѣдомства въ томъ, что слишкомъ мало лицъ, желающихъ посвятить себя тюремной службѣ по окончаніи университета, а если они и идутъ, то въ главное управленіе или въ инспекцію, не проходя и не вкусивъ тяжелой и отвѣтственной работы на мѣстахъ, въ тюрьмахъ. Созданіе тюремныхъ курсовъ, улучшая въ настоящемъ кадръ служащихъ, въ будущемъ явится, несомнѣнно, помѣхой этого улучшенія. Всесторонняя юридическая подготовка, даваемая университетами, замѣнится „спеціальной“, болѣе „практической“ подготовкой въ „училищѣ тюремнаго правовѣдѣнія“. Начало „курсамъ“ уже положено. Въ 1912 г. при главномъ тюремномъ управленіи были организованы „чтенія по тюрьмовѣдѣнію“ съ 1 марта до половины мая. Въ настоящее время уже приступлено къ изданію „Курса практическаго тюрьмовѣдѣнія“, по программѣ, утвержденной начальникомъ главнаго тюремнаго управленія т. с. Хрулевымъ, и подъ общей редакціей инспектора того же управленія Лучинскаго. „Введеніе“ этого курса написано проф. Познышевымъ и напечатано въ „Тюремномъ Вѣстникѣ“ въ декабрьской книжкѣ (144 стр.).

Въ послѣдніе годы вѣдомство энергично вводитъ инспекцію на мѣстахъ, и не введена она еще только въ 19 губерніяхъ и областяхъ. Создавая инспекцію, тюремное вѣдомство подготовляетъ, между прочимъ, въ будущемъ полное обособленіе мѣстнаго тюрем-

наго управленія отъ губернскаго, съ подчиненіемъ инспекціи исключительно главному тюремному управленію.

До 1908 г. увеличеніе мѣстъ содержанія заключенныхъ происходило путемъ, главнымъ образомъ, „приспособленія" существующихъ тюремныхъ зданій. Съ увеличеніемъ строительныхъ кредитовъ, начиная съ 1909 г., расширяется дѣятельность его по возведенію новыхъ тюремъ. Такъ, за послѣдніе 3 года выстроена въ Петербургѣ женская тюрьма, новыя тюрьмы въ Бѣлостокѣ, Шавляхъ, Сызрани, Благовѣщенскѣ; строятся тюрьмы въ Нижнемъ, Тифлисѣ, Вильнѣ и въ десяти другихъ городахъ.

Безусловно заслуживаетъ, по моему глубокому убѣжденію, полнаго одобренія планъ главнаго тюремнаго управленія, при переустройствѣ и возведеніи новыхъ тюремъ, придерживаться системы общаго заключенія. Одиночныя же камеры предположены лишь въ количествѣ 15—30% въ губернскихъ (областныхъ) городахъ и 5—10% въ уѣздныхъ. Въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ онѣ намѣчены въ количествѣ 10% общаго числа арестантскихъ мѣстъ.

Отъ системы одиночнаго заключенія главное тюремное управленіе рѣшило воздержаться не только по финансовымъ соображеніямъ, но и въ виду сомнѣнія въ цѣлесообразности ея, съ точки зрѣнія пенитенціарной.

Тюремному вѣдомству, параллельно съ устройствомъ новыхъ тюремъ, слѣдовало бы также заняться созданіемъ „сельскохозяйственныхъ" тюремъ, начатки которыхъ у насъ уже имѣются въ видѣ 10—15 тюремныхъ фермъ, тѣмъ болѣе, что третья Государственная Дума весьма энергично указывала на желательность такихъ с.-х. тюремъ.

Наглядное представленіе о развитіи тюремнаго дѣла въ эпоху конституціи даютъ смѣты за 1907—1912 г.г. Всего было на тюремное вѣдомство отпущено:

1907	1908	1909	1910	1911	1912.
17.335 т.	23.731 т.	28.506 т.	30.498 т.	31.598 т.	33.740 т.

Въ 1907 г., въ виду неразсмотрѣнія бюджета Думой, дѣйствовала, на основаніи 116 ст. осн. зак., роспись на 1906 г., такъ что немудрено, что она не соотвѣтствовала „дѣйствительности", и вѣдомство вошло въ долги.

Третья Дума вообще шла охотно на встрѣчу желаніямъ тюремнаго

вѣдомства и произвела сокращеній за время своей дѣятельности всего на 4.044.923 руб., а именно:

Въ 1908 — на	. . . .	500.000 руб.
» 1909 — »	. . . .	860.000 »
» 1910 — »	. . . .	1.234.923 »
» 1911 — »	. . . .	1.050.000 »
» 1912 — »	. . . .	400.000 »

Больше всего сокращеній пришлось на содержаніе заключенныхъ (1.622.000 руб.). Но, съ другой стороны, за то же время Дума ассигновала дополнительные кредиты на уплату долговъ, накопившихся у вѣдомства, на общую сумму въ 6.357 т., въ томъ числѣ 3.502 т. на покрытіе долговъ за 1908 г.

Слѣдуетъ отмѣтить желаніе тюремнаго вѣдомства знакомить общество со своей дятельностью путемъ печатанія объяснительной записки, начиная съ 1910 г. (отчетъ за 1908 г.) на страницахъ „Тюремнаго Вѣстника". Появленіе „обзора" свидѣтельствуетъ о томъ же стремленіи. Правда, не обо всемъ говорятъ отчеты. Они умалчиваютъ о такой сторонѣ тюремной жизни, какъ число дисциплинарныхъ проступковъ и количество и качество взысканій, наложенныхъ за нихъ.

Не знаемъ мы также, что содержатъ секретные циркуляры, а ихъ было: въ 1905 г.—1, въ 1906 г.—1, въ 1908 г.—6, въ 1909 г.—1, въ 1912 г.—2,—всего, такимъ образомъ, 11 циркуляровъ.

Далѣе я коснусь „итоговъ дѣятельности Гос. Думы и Совѣта въ области тюремнаго дѣла" (вторая часть „обзора"), теперь же считаю необходимымъ привести нѣкоторые тюремные „итоги", почерпнутые изъ послѣдняго отчета (за 1910 г.).

Какъ извѣстно, побѣги изъ тюремъ, въ особенности въ 1906—1907 годахъ, стали для Россіи своего рода бытовымъ явленіемъ. И дѣйствительно:

	1906	1907	1908	1909	1910
Общее число бѣжавшихъ . . .	3231	2730	1371	1407	1238
Побѣги сопровождались:					
Насиліемъ надъ стражей и карауломъ	264	53	2	9	10
Взрывами, подкопами и проломами .	480	333	62	84	44
Подкупомъ и содѣйствіемъ стражи. .	51	55	7	16	8
Изъ числа бѣжавшихъ было задержано	1262	1019	564	656	539
Число покушеній на побѣгъ . . .	217	287	171	263	118

Общее число бѣжавшихъ въ 1910 г. весьма близко подходитъ къ числу 1903 г., когда бѣжало всего 1235 заключенныхъ. По разсчету, на каждую тысячу средняго ежедневнаго населенія всѣхъ мѣстъ заключенія приходилось бѣжавшихъ заключенныхъ:

Въ 1901 г. . . .	8	Въ 1906 г. . . .	29
» 1902 » . . .	7	» 1907 » . . .	20
» 1903 » . . .	13	» 1908 » . . .	8
» 1904 » . . .	14	» 1909 » . . .	8
» 1905 » . . .	23	» 1910 » . . .	7

Другія важнѣйшія „происшествія“ за 1906—1910 г.г. представляются въ слѣдующемъ видѣ:

	1906	1907	1908	1909	1910
Безпорядки въ мѣстахъ заключенія .	133	145	43	42	20
Подкопы, проломы и взрывы . . .	480	408	327	253	144
Поджоги	7	23	9	15	3
Убійство заключенными чиновъ тюремной администраціи, надзора и караула	11	33	5	8	8
Убійство заключенныхъ заключенными [1].	42	58	42	20	20
Насилія заключенныхъ надъ чинами администраціи, надзора и караула .	85	119	36	41	56
Нанесеніе заключенными другъ другу ранъ и увѣчій [1].	122	116	72	59	34
Самоубійство (и покушеніе) заключенныхъ.	42	118	103	145	142

Въ таблицѣ не приведено, къ сожалѣнію, сколько было убито и ранено самихъ заключенныхъ во время нападенія ихъ на чиновъ администраціи, стражи и караула. Число убитыхъ чиновъ, повидимому, тоже указано не полно. Такъ, въ томъ же отчетѣ показано, что при побѣгахъ и покушеніяхъ на него убито: заключенныхъ 66, лицъ тюремной администраціи и надзора—15. Ранено

[1]) Цирк. 22 іюля 1908, № 56. „По поступающимъ въ главное тюремное управленіе свѣдѣніямъ, въ послѣднее время чрезвычайно участились въ мѣстахъ заключенія Имперіи случаи самосуда надъ арестантами, подозрѣваемыми своими товарищами *въ сообщеніи властямъ свѣдѣній, способствующихъ раскрытію преступленій или же выясненію истинной обстановки того или другого дѣла*“ (курсивъ мой—М. И.).

при тѣхъ же обстоятельствахъ: заключенныхъ—99, администраціей и надзора—50. Относительно больше, конечно, убитыхъ и раненыхъ на сторонѣ тюремнаго служебнаго персонала (служба котораго въ эпоху конституціи является связанной съ большой опасностью для жизни), но не слѣдуетъ забывать и о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя связаны съ преданіемъ военному суду, съ примѣненіемъ 279 ст. устава воинскаго, лицъ, учинившихъ нападеніе на должностныхъ лицъ тюремнаго вѣдомства.

Приведенныя цифры показываютъ съ несомнѣнностью, что „успокоеніе“ стало наступать и въ тюремныхъ стѣнахъ. Но вотъ что печально. Число самоубійствъ растетъ. И растетъ не только абсолютно, но и относительно. Такъ, на каждые 10.000 заключенныхъ приходилось случаевъ самоубійства:

Въ 1903 г. . . .	4	Въ 1907 г. . . .	8
» 1904 » . . .	4	» 1908 » . . .	6
» 1905 » . . .	4	» 1909 » . . .	8
» 1906 » . . .	4	» 1910 » . . .	8

Тюремное вѣдомство утѣшаетъ себя и общественное мнѣніе тѣмъ соображеніемъ, что „такъ какъ число самоубійствъ въ послѣдніе годы замѣтно возросло и среди свободнаго населенія вообще (хотя статистическихъ данныхъ по всей имперіи не имѣется), то ростъ численности самоубійствъ въ мѣстахъ заключенія не представляетъ собою исключительнаго явленія“. Тюремное вѣдомство проходитъ, такимъ образомъ, совершенно мимо вопроса, не является ли увеличеніе числа самоубійствъ, хотя бы въ извѣстной части, послѣдствіемъ современнаго тюремнаго режима, наиболѣе чувствуемаго интеллигентными и полуинтеллигентными лицами, которыя, по словамъ отчета, „болѣе склонны къ добровольному лишенію себя жизни, чѣмъ арестанты изъ неграмотныхъ слоевъ населенія“?

II.

Обращаюсь къ разсмотрѣнію, конечно, краткому, дѣятельности новыхъ законодательныхъ учрежденій въ области тюремнаго дѣла.

„Обзоръ“ проводитъ рѣзкую грань между первыми Думами и третьей Думой. Къ первымъ „обзоръ“ относится съ извѣстнымъ пренебреженіемъ и мѣстами не скрываетъ ироніи и насмѣшки.

По мнѣнію тюремнаго вѣдомства, во время созыва первой Думы нечего было разсчитывать на проведеніе какихъ бы то ни было положительныхъ законодательныхъ реформъ въ области тюремнаго дѣла, и „совершенно естественно, поэтому, что въ Гос. Думу перваго созыва правительствомъ не было внесено ни одного законопроекта по тюремной части“. Дѣятельность Думы „сосредоточилась“ въ этой области въ предъявленіи запросовъ къ министру внутреннихъ дѣлъ и министру юстиціи. Всего запросовъ было 135. Сущность почти всѣхъ ихъ заключалась въ истребованіи разъясненій, на какомъ основаніи содержится въ заключеніи то или другое лицо безъ предъявленія къ нему обвиненія.

„Запросовъ такого содержанія—говоритъ „обзоръ“—поступило въ первую Думу ни больше, ни меньше, какъ 135. Другіе 15 запросовъ, отмѣченныхъ въ лѣтописи первой Думы, частью имѣли своимъ поводомъ (семь запросовъ) объявленныя заключенными въ тюрьмахъ голодовки, при чемъ министръ запрашивался: „какія имъ приняты мѣры къ освобожденію означенныхъ лицъ“; частью (пять запросовъ) касались „избіеній и истязаній“ въ тюрьмахъ политическихъ заключенныхъ и примѣненія къ нимъ „репрессій“. Одинъ запросъ говорилъ о самоубійствахъ „политическихъ“ заключенныхъ (въ Уманской тюрьмѣ) и два запроса имѣли въ виду тяжелыя условія тюремной жизни политическихъ заключенныхъ въ Кутаисской тюрьмѣ и убійство часовымъ въ Сухумской тюрьмѣ политическаго заключеннаго.

Однако, ни одинъ изъ всѣхъ указанныхъ запросовъ разсмотрѣнъ не былъ, за послѣдовавшимъ роспускомъ первой Думы, и, такимъ образомъ, всѣ они остались безрезультатными“.

Какъ видно будетъ изъ послѣдующаго, практика второй и третьей Думы показала, что запросы, даже и при разсмотрѣніи ихъ остаются „безрезультатными“—для тюремнаго вѣдомства. Характерно только отношеніе его къ запросамъ, внесеннымъ въ первую Думу. „Обзоръ“ даже не считаетъ нужнымъ сказать что-либо по существу ихъ.

А не мѣшало бы тюремному вѣдомству перелистать стенографическіе отчеты первой Думы, и оно увидѣло бы, что на часть запросовъ были даны объясненія. Такъ, въ засѣданіи 30 іюня

1906 г. тов. мин. юстиціи Солертинскій отвѣчалъ, между прочимъ, на три запроса, касающіеся безпорядковъ въ тюрьмахъ, и сказалъ слѣдующее:

„3 запроса почти однороднаго содержанія. Они относятся къ числу злоупотребленій и непорядковъ въ различныхъ мѣстахъ заключенія. Первыя и наиболѣе серьезныя злоупотребленія были обнаружены въ екатеринославскомъ исправительномъ отдѣленіи. На вопросъ, въ чемъ они заключались, я отвѣчу, что это изложено въ самомъ запросѣ. Послѣдующія, представленныя мною свѣдѣнія, будутъ дополнять картину, которая нарисована въ этомъ запросѣ... 1 мая произошли безпорядки, 17-го состоялось постановленіе губернскаго присутствія о привлеченіи виновныхъ надзирателей къ уголовной отвѣтственности.

Число пострадавшихъ (заключенныхъ)—говорилъ представитель правительства—оказалось 25. Изъ нихъ 4 пострадавшихъ настолько сильно, что ихъ пришлось отправить въ земскую больницу. Я очень счастливъ, что могу удостовѣрить, что всѣ они въ настоящее время здоровы...

Ко второму однородному запросу—продолжалъ товарищъ министра—я перехожу уже съ гораздо меньшимъ смущеніемъ, съ болѣе облегченнымъ сердцемъ“...

Пренія ни по одному изъ внесенныхъ въ первую Думу запросовъ не были окончены—за роспускомъ Думы, но видно было, что объясненія правительства, какъ ихъ давалъ тов. мин. Солертинскій, вполнѣ удовлетворили бы народныхъ представителей.

Во вторую Думу правительство внесло уже цѣлыхъ четыре законопроекта. Одинъ изъ нихъ, „о мѣрахъ предупрежденія побѣговъ арестантовъ внѣ тюремныхъ зданій“ (предупредительныя связки), изданный въ порядкѣ 87 ст., былъ Думой отвергнутъ 22 мая 1907 г., что не помѣшало нисколько тюремному вѣдомству ввести предупредительныя связки циркуляромъ отъ 7 апрѣля 1907 г. за № 7.

Остальные три законопроекта: „объ усиленіи кредита на содержаніе тюремной стражи“, „о продленіи отпуска пособія Спб. земледѣльческой колоніи для несовершеннолѣтнихъ“ и „проектъ положенія о воспитательно-исправительныхъ заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ“ были переданы въ разныя комиссіи, но послѣдними разсмотрѣны не были.

Вторая Дума предъявила четыре запроса—разсмотрѣны изъ нихъ были два.

Первый—„о столкновеніяхъ между тюремной стражей и заключенными въ центральной тюрьмѣ города Риги“—вслѣдствіе обилія представленнаго матеріала, расширенъ былъ комиссіей въ запросъ о „систематическихъ истязаніяхъ заключенныхъ въ тюрьмахъ и арестныхъ домахъ Прибалтійскаго края“.

Шесть лѣтъ прошло почти съ тѣхъ поръ, какъ обсуждался этотъ запросъ въ Думѣ (апрѣль 1907 г.), а нельзя безъ волненія и теперь перечитывать докладъ Пергамента, на $8^1/_2$ страницахъ стенографическаго отчета (въ два столбца), перечисляющій десятки случаевъ истязаній, имѣвшихъ мѣсто въ Прибалтійскомъ краѣ. И глубоко правъ былъ представитель Вятской губерніи, сказавшій, что „оглашенному документу“ (докладу Пергамента) мѣсто въ кабинетѣ ученаго, который, перелистывая историческіе мемуары, ищетъ въ нихъ новыхъ доказательствъ средневѣковаго варварства; ему мѣсто на столѣ драматурга, который пишетъ пьесу изъ временъ инквизиціи; еще болѣе умѣстно ему быть написаннымъ въ домѣ душевно-больныхъ, гдѣ разстроенное воображеніе людей съ поврежденнымъ разсудкомъ доводитъ ихъ до галлюцинацій“...

По поводу этого запроса „обзоръ“ приводитъ заключительныя слова министра юстиціи Щегловитова, заявившаго, что „онъ утверждаетъ, что незакономѣрныя дѣйствія, приписанныя въ настоящемъ запросѣ должностнымъ лицамъ вѣдомства министерства юстиціи, представляются совершенно опровергнутыми“. Къ этому „обзоръ“ прибавляетъ, что подобнаго рода заявленіе было сдѣлано и со стороны министерства внутреннихъ дѣлъ, и недоумѣваетъ, какъ это Дума въ своей формулѣ признала, что объясненія, данныя обоими министерствами, „окончательно устанавливаютъ незакономѣрныя дѣйствія полицейскихъ властей въ Прибалтійскомъ краѣ“. Объясненія же министровъ были вообще Думой признаны неудовлетворительными. „Обзоръ“ скромно при этомъ умалчиваетъ, что въ засѣданіи 17 апрѣля товарищъ министра Макаровъ призналъ, что въ Прибалтійскомъ краѣ возбуждено 42 дѣла по обвиненію полицейскихъ чиновъ въ причиненіи насилій; обзоръ умалчиваетъ, что, по словамъ того же представителя правительства, поскольку можно было допросить потерпѣвшихъ (нѣкоторыхъ не удалось: „одни изъ

нихъ осуждены [1]), другіе уѣхали за границу, третьи скрылись"), „всѣ заявленія ихъ сводятся къ слѣдующему: чины полиціи били ихъ кулаками, нагайками и резиновыми палками и таскали за волосы".

Формулой перехода по второму запросу, о насиліяхъ надъ политическими въ Алгачинской тюрьмѣ, Дума уже признала, что „объясненія министра юстиціи содержатъ признаніе насилія, учиненнаго надъ заключенными въ Алгачинской тюрьмѣ, и свидѣтельствуютъ о дѣйствіи устарѣлыхъ условій содержанія въ каторжныхъ тюрьмахъ, настойчиво требующихъ скорѣйшаго измѣненія". „Обзоръ" и по этому поводу полемизируетъ съ Думой. Онъ приводитъ объясненія министра юстиціи, сущность которыхъ можетъ быть сведена къ слѣдующему: ни избіенія, ни истязанія не было. Насилія же только и было, что насильно переодѣли нѣсколькихъ заключенныхъ въ казенное бѣлье и платье, насильно обстригли. „Оказывавшимъ сопротивленіе" заключеннымъ солдаты нанесли лишь нѣсколько ударовъ прикладами, одного заключеннаго „вытащили изъ камеры за ноги". „Въ этомъ, собственно, и заключались всѣ насилія надъ политическими заключенными Алгачинской тюрьмы, при чемъ никто изъ нихъ не получилъ какихъ-либо серьезныхъ поврежденій и за оказанное ими сопротивленіе ни къ кому изъ нихъ не было примѣнено тѣлесное наказаніе".

Послѣднее обстоятельство,—что не примѣнена была розга—заслуживаетъ быть отмѣченнымъ. Во время второй Думы тюремное вѣдомство позволяло себѣ еще такой либерализмъ.

Во второй Думѣ бюджетъ вѣдомства былъ разсмотрѣнъ лишь въ подкомиссіи, и „обзоръ" заканчиваетъ характеристику этой Думы слѣдующими словами:

> „Какъ видно изъ изложеннаго, три съ половиной мѣсяца дѣятельности второй Думы, какъ и слѣдовало, впрочемъ, ожидать, производительно затраченными на какія-либо реформы по тюремной части также считать невозможно. Работа Государственной Думы этого созыва явно начинала упираться въ тупикъ, такъ же какъ и работа Думы перваго созыва, почему роспускъ второй Думы едва ли можно счи-

[1]) Очевидно, подъ „осужденными" здѣсь понимаются казненные или покончившіе самоубійствомъ, ибо только такихъ „осужденныхъ" нельзя уже болѣе допросить.

тать сколько-нибудь затормозившимъ разрѣшеніе тѣхъ или иныхъ вопросовъ тюремной жизни".

Съ изданіемъ акта 3 іюня „возникла надежда и у тюремнаго вѣдомства, что третій созывъ народнаго представительства отнесется сочувственнѣе къ его нуждамъ".

Надежды эти вполнѣ оправдались. Уже выше было указано, какъ щедро отпускались третьей Думой кредиты вѣдомству и какъ возросъ его бюджетъ за это время. Едва ли удалось бы это въ эпоху доконституціонную.

Всего законопроектовъ вѣдомствомъ внесено было въ Думу—43. Въ приложеніи къ „обзору" приведенъ списокъ ихъ: подавляющее большинство касается „усиленія средствъ", „отпуска кредитовъ", „усиленія штатовъ" и т. п. Силу закона получили 35 проектовъ.

Однимъ изъ первыхъ, прошедшихъ Думу и Совѣтъ, былъ, по словамъ „обзора", „весьма характерный для давной эпохи" законъ „о предоставленіи чинамъ тюремнаго вѣдомства, пострадавшимъ при исполненіи или по поводу исполненія служебныхъ обязанностей, а равно семействамъ сихъ чиновъ особыхъ пенсіонныхъ преимуществъ".

Изъ ряда законовъ слѣдуетъ отмѣтить „Положеніе о воспитательно-исправительныхъ заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ", являющееся безусловно шагомъ впередъ въ этой области.

Законопроектъ „о государственной помощи обществамъ покровительства лицамъ, освобожденнымъ изъ мѣстъ заключенія", внесенный въ послѣднюю сессію Думы, разсмотрѣнъ только въ комиссіяхъ.

Не обошлось и въ третьей Думѣ безъ запросовъ. Всего внесено ихъ было 5, а разсмотрѣно только два. Изъ нихъ первый вызванъ былъ циркуляромъ начальника главнаго тюремнаго управленія отъ 18 января 1908 г., воспрещающимъ допускъ къ заключеннымъ защитниковъ, изобличенныхъ въ передачѣ первымъ какихъ-либо недозволенныхъ вещей. Дума признала циркуляръ незакономѣрнымъ и разъясненія министра юстиціи неудовлетворительными.

Второй разсмотрѣнный вопросъ касался „пораненія часовымъ въ Ярославской тюрьмѣ ребенка". Въ преніяхъ былъ затронутъ вообще вопросъ объ инструкціи министра юстиціи 1907 г. „объ употребленіи оружія чинами тюремной администраціи и стражи", чрезмѣрно расширяющей область примѣненія оружія, по сравненію

со ст. 153 и 159 уст. гарн. службы, и прямо порождающей случаи стрѣльбы, какъ въ Ярославской тюрьмѣ. По объясненіямъ представителя министерства юстиціи, т. е. Веревкина, пораненіе ребенка представляется „случайностью, конечно, прискорбною, но случайностью, которая, однако, ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть поставлена въ вину младшему надзирателю, такъ какъ онъ стрѣлялъ не цѣлясь, и въ дѣйствіяхъ надзирателя ничего незаконнаго не усматривается". Третья Государственная Дума вполнѣ удовлетворилась разъясненіями министерства юстиціи и приняла простую формулу перехода. Инструкція же продолжаетъ дѣйствовать и понынѣ...

Минуя другіе запросы (одинъ былъ взятъ обратно), отклоняемые Думой уже въ комиссіи по разсмотрѣнію ихъ, остановимся только на одномъ: „по поводу примѣненія администраціей Вологодской и Зерентуйской тюремъ тѣлесныхъ наказаній къ политическимъ заключеннымъ 27 ноября 1910 г.". Вопросъ о спѣшности былъ, конечно, Думой отвергнутъ. При обсужденіи ея, человѣконенавистническія чувства крайнихъ правыхъ, при полномъ попустительствѣ центра, проявились во всей ихъ отталкивающей наготѣ. Пуришкевичъ, который во второй Думѣ, при обсужденіи вопроса объ истязаніяхъ въ Прибалтійскомъ краѣ, заявлялъ, что онъ „всецѣло соглашается съ положеніями лѣвыхъ, которыя ведутъ къ тому, что розги и вообще насилія по отношенію къ политическимъ заключеннымъ не должны быть примѣняемы"... теперь, на обращеніе Чхеидзе къ правымъ, что онъ знаетъ, „съ какимъ удовольствіемъ они каждый разъ выслушиваютъ такія сообщенія", отвѣтилъ съ мѣста: „Вы не ошибаетесь". Марковъ съ трибуны высказывалъ сожалѣніе, что въ свое время Сазоновъ и другіе не были повѣшены, и скорбѣлъ, что у насъ отмѣнены плети.

Неудивительно, что комиссія, разсматривавшая запросъ, ничего незакономѣрнаго въ дѣйствіяхъ тюремной администраціи не нашла. Тѣлесное наказаніе было наложено по закону... И „массовыхъ" самоубійствъ не было. По словамъ „обзора", излагающаго разсужденія комиссіи, „самоубійствомъ покончилъ Сазоновъ, и пятеро арестантовъ симулировали самоубійство, и это на всю Зерентуйскую тюрьму, въ которой содержится нѣсколько сотъ каторжныхъ".

Тюремное вѣдомство, очевидно, не представляетъ себѣ, что оно дѣлаетъ, подписываясь подъ этими жестокими словами. Сколько

же требуется тюремному вѣдомству самоубійствъ, чтобы оно сочло нарушенной норму? На „симуляціи", о которой говоритъ „обзоръ", тоже слѣдуетъ остановиться. Такой рубрики до сихъ поръ отчеты тюремнаго вѣдомства не знали, и теперь слѣдуетъ, можетъ быть, „покушенія", о которыхъ говорятъ отчеты, тоже причислить къ случаямъ „симуляціи самоубійства".

По общему правилу, касаясь тюремнаго вѣдомства, я опираюсь на оффиціальныя данныя. Не знаю, можетъ быть, то, что я сейчасъ приведу, тюремное вѣдомство причислитъ также къ произведеніямъ печати тенденціозной, искусственно создающей сенсаціонные факты, но вотъ что говорится въ документѣ, именуемомъ правительственнымъ сообщеніемъ по поводу событій въ Вологодской и Зерентуйской тюрьмахъ. Въ этомъ сообщеніи, послѣ указанія на „ядъ" тіоколъ и на приготовленія къ побѣгу, сказано слѣдующее:

> „27 сего ноября начальникъ Зерентуйской тюрьмы, на основаніи п. 1 ст. 275 уст. о ссыльныхъ, призналъ необходимымъ подвергнуть тѣлесному наказанію каторжныхъ Сломянскаго и Петрова, послѣ чего, въ видѣ протеста, каторжные арестанты Масловъ, Одинцовъ и Пухальскій порѣзали себѣ вены на рукахъ, арестанты же Михайловъ, Кунай и Сазоновъ отравились морфіемъ, отчего послѣдній и скончался".

Теперь, послѣ разсмотрѣнія запроса въ комиссіи третьей Думы, слѣдуетъ признать, что только Сазонову не удалась „симуляція" самоубійства...

Чувство мести живуче въ современномъ обществѣ. Политической реакціи свойственно мстить своимъ противникамъ и тогда, когда они посажены за крѣпкіе замки. Наступаетъ успокоеніе въ странѣ, наступаетъ оно и въ тюрьмахъ. Власть имущимъ этого недостаточно. Въ конституціонномъ строѣ не должно быть „привилегій". Тѣхъ „политическихъ", которыхъ знала доконституціонная Россія, обновленный строй не признаетъ. Всѣ арестанты, всѣ каторжники. На страницахъ журнала, стремящагося стоять на уровнѣ науки, отвергаютъ систему „полнаго обезличенія преступника и обращенія его изъ живого человѣка въ манекенъ",— на практикѣ заставляютъ склоняться безпрекословно передъ порядками тюрьмы, вбивая законопослушаніе розгой. Протесты въ видѣ самоубійства не страшны для тюремнаго вѣдомства—это вѣдь не 80 годы 19-го вѣка.

Составители „обзора“ желали, навѣрное, разъ навсегда успокоить общественное мнѣніе на счетъ тюремныхъ порядковъ. Мнѣ кажется, они не успѣли въ этомъ, и вина лежитъ въ нихъ самихъ. Нельзя уйти отъ безотрадныхъ мыслей о настоящемъ и будущемъ, когда узнаешь изъ официоза, призваннаго воспитывать тюремный персоналъ, что въ битьѣ прикладами нѣтъ ничего незакономѣрнаго, что стрѣльба по окнамъ, окончившаяся пораненіемъ ребенка, есть только прискорбная случайность, что одно самоубійство въ счетъ не идетъ. Какого общественнаго контроля можетъ опасаться тюремная администрація, видя, что, если даже и такая Дума, какъ третьяго созыва, признаетъ дѣйствія главы вѣдомства незакономѣрными, то признаніе это будетъ имѣть чисто академическое значеніе, министры же останутся при своемъ „особомъ“ мнѣніи съ которымъ, конечно, только и нужно считаться.

Таковы „тюремные“ итоги конституціонной эпохи государства Россійскаго. Отъ всей души можно пожелать, чтобы въ грядущемъ они оказались иными, чтобы исчезли со столбцовъ русской печати „сэнсаціонныя сообщенія“ о тюремной жизни, къ которымъ, слава Богу, не перестала еще такъ чутко относиться общественная совѣсть прогрессивной Россіи.[1]

Необходимой же предпосылкой успокоенія общественнаго мнѣнія является осуществленіе того лозунга, на которомъ сосредоточены въ настоящее время всѣ помыслы русскаго прогрессивнаго общества. Лозунгъ этотъ—амнистія.

После выслушанія сообщенія открылись пренія.

М. П. Чубинскій. Мы должны серьезно и съ признательностью оцѣнить представленный намъ сегодня докладъ. Обычно у насъ и въ литературѣ и въ докладахъ удѣляется мало вниманія оффиціальнымъ изданіямъ, а между тѣмъ изученіе сухого оффиціальнаго матеріала часто даетъ весьма многое. Приходя въ Юридическое Общество слушать докладъ, основанный на оффиціальныхъ данныхъ, мы иногда встрѣчаемся съ неожиданностями, порою весьма пикантными. Вспомнимъ хотя бы докладъ І. В. Гессена о нашей кодификаціи и его открытіе, что наши новыя нормы о свободѣ собраній умѣстились въ примѣчаніе къ статьѣ устава о предупрежденіи и пресѣченіи, которая содержитъ запрещеніе злоупотреблять набатнымъ звономъ, нарушающимъ мирный сонъ обывателей. Вспомнимъ также, то почти никто сейчасъ не сомнѣвается

въ окончательной отмѣнѣ военно-полевыхъ судовъ, а между тѣмъ черезъ военный совѣтъ прошли такія „новеллы", и при кодификаціи нѣкоторыя статьи военно-судебныхъ законовъ изложены въ такой редакціи, что по мнѣнію лицъ, вполнѣ компетентныхъ въ вопросахъ военнаго законодательства, открывается полная возможность и теперь въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на исключительномъ положеніи, воскресить эти суды, притомъ не только для военныхъ, но и для штатскихъ. Къ сухимъ фактамъ и цифрамъ отчета главнаго тюремнаго управленія докладчикъ подошелъ сегодня съ научными пріемами, и получилось нѣчто цѣнное. Прежде всего, къ несомнѣннымъ достоинствамъ доклада нужно отнести его спокойствіе, объективность, выдержку. Я не предполагаю касаться всѣхъ затронутыхъ въ докладѣ вопросовъ, ибо онъ охватываетъ слишкомъ широкую область; однако, на нѣкоторыхъ пунктахъ я считаю необходимымъ остановить ваше вниманіе. Въ „обзорѣ", послужившемъ матеріаломъ для доклада, особенно характернымъ является отсутствіе свѣдѣній о нашей дисциплинарной системѣ, о системѣ взысканій, примѣняемыхъ въ мѣстахъ заключенія. Во многомъ отъ этой системы зависитъ, будетъ ли жизнь въ тюрьмахъ хоть сколько-нибудь сносной или совершенно невыносимой. Особенно на почвѣ примѣненія тѣлесныхъ наказаній иногда имѣли мѣсто настоящія трагедіи. А между тѣмъ, въ „обзорѣ" объ этихъ мѣрахъ говорится очень мало, а если говорится, какъ напр. о столь нашумѣвшей исторіи въ зерентуйской каторгѣ, то, какъ справедливо отмѣтилъ докладчикъ, здѣсь получается нѣчто болѣе, чѣмъ странное, ибо симулированными признаются такія покушенія на самоубійство, о которыхъ оффиціально сообщалось раньше, какъ о покушеніяхъ серьезныхъ и при которыхъ съ трудомъ удалось вернуть потерпѣвшихъ къ жизни. Нельзя обойти молчаніемъ и отношеніе „обзора" къ нашимъ высшимъ государственнымъ учрежденіямъ. Вѣтвь управленія подчиненнаго, главное тюремное управленіе говоритъ совершенно неподходящимъ и рѣзкимъ языкомъ о Гос. Думѣ. Оно допускаетъ развязность и презрительные жесты по отношенію къ Думѣ первыхъ двухъ созывовъ, но по существу не прибавляетъ лавровъ своему вѣдомству, ибо есть въ „обзорѣ" мѣста, гдѣ отвергаются факты, которые во время отвѣтовъ на запросы были съ думской каѳедры прямо подтверждены представителями министерства юстиціи. Недо-

пустимымъ нужно признать и отношеніе „обзора“ къ нашей печати. Если бы главное тюремное управленіе освободило себя отъ всякой оцѣнки русской печати, никто бы его за это не упрекнулъ. Но оно предпочло бросить печати широкое обвиненіе не только въ раздуваніи, но даже въ измышленіи фактовъ. А между тѣмъ, это обвиненіе совершенно не находитъ себѣ надлежащаго подкрѣпленія и даже больше того: докладчикъ убѣдительно доказалъ, что нѣкоторые изъ якобы измышленныхъ фактовъ находятъ прямое подтвержденіе въ такихъ оффиціальныхъ данныхъ, какъ правительственныя сообщенія. Не говоримъ уже о томъ, какое здѣсь получается отношеніе къ общественному мнѣнію; вѣдь печать—выразительница этого мнѣнія, и кто такъ, какъ главное тюремное управленіе, смотритъ на печать, относится такъ же и къ общественному мнѣнію. А между тѣмъ, что можетъ тюремное вѣдомство противопоставить общественному мнѣнію и возмущенію по поводу хотя бы той губительной тифозной эпидеміи, которая унесла столько жертвъ въ длительный періодъ особаго переполненія нашихъ тюремъ? Воскресла „гнилая тюремная горячка“ далекаго прошлаго. Люди, попадающіе въ тюрьму за маловажную вину или только привлеченные къ слѣдствію, подвергались серьезному риску заразы и иногда погибали. Получалось такимъ образомъ нѣчто совершенно непереносимое ни съ пенитенціарной, ни съ общечеловѣческой точки зрѣнія, и тѣмъ не менѣе такому печальному факту прошлаго главное тюремное управленіе не считаетъ себя обязаннымъ удѣлить достаточное вниманіе. „Обзоръ“, далѣе, отмѣчаетъ ростъ преступности, но умалчиваетъ о соотношеніи общей и политической преступности, хотя огромный ростъ тюремныхъ сидѣльцевъ именно изъ категоріи политическихъ ни для кого не является тайной. Какъ же реагировало на это явленіе главное тюремное управленіе? Оно реагировало уничтоженіемъ разницы между режимомъ для политическихъ и уголовныхъ преступниковъ. На первый взглядъ можетъ показаться, что оно осуществляетъ широкій демократическій принципъ—идею равенства всѣхъ въ дѣлѣ наказанія. Но внѣшнее равенство часто скрываетъ въ себѣ самое глубокое неравенство по существу, ибо политическая преступность имѣетъ иную и своеобразную природу по ея мотивамъ, характеру учиненныхъ дѣяній и свойствамъ личности преступника. Эту истину признавали у насъ

даже въ суровое царствованіе Императора Николая I. Стоитъ только вспомнить условія, въ которыя были поставлены сосланные въ Сибирь декабристы, или вспомнить свидѣтельство Достоевскаго, основывавшагося на личныхъ наблюденіяхъ надъ отбываніемъ каторги политическими. Эта же самая идея сыграла широкую роль при составленіи нашего новаго уголовнаго уложенія. Правда, редакторы уложенія не оказались достаточно послѣдовательными и въ особенной части во многомъ отступили отъ принциповъ, провозглашенныхъ ими въ общей части, но въ объяснительной запискѣ къ этой общей части они широко и подробно аргументировали то положеніе, что преступность политическая и религіозная обычно чужды низкаго и позорнаго характера, а потому требуютъ отдѣльныхъ репрессивныхъ мѣръ и особаго режима въ заключеніи. Такимъ образомъ, нынѣ поставленъ крестъ надъ почти столѣтними гуманными и разумными традиціями, и это является однимъ изъ характернѣйшихъ моментовъ въ области новѣйшихъ теченій тюремной политики. Если мы прибавимъ къ сказанному, что отъ факта роста самоубійствъ въ тюрьмахъ вѣдомство хочетъ отдѣлаться простымъ указаніемъ на ростъ самоубійствъ и внѣ тюрьмы, на общественный пессимизмъ и т. п., то будетъ ясно, что вѣдомство не потрудилось освѣтить даже это явленіе, несомнѣнно имѣющее въ тюремныхъ стѣнахъ свои спеціальныя причины, ибо здѣсь жизнь протекаетъ въ особой обстановкѣ, въ особыхъ, оторванныхъ отъ нормальной жизни, условіяхъ, а сверхъ того здѣсь не дѣйствуетъ экономическій факторъ (крайняя нужда, отсутствіе крова и заработка и пр.), столь существенный для самоубійства на волѣ. Можно бы остановиться и на цѣломъ рядѣ другихъ, на видъ мелкихъ, но весьма характерныхъ штриховъ: отсутствіе провѣреннаго цифрового матеріала о расправахъ за побѣги; введеніе циркуляромъ того, что было отклонено Гос. Думой; курсы, въ продолженіе шести недѣль предназначенные восполнять пробѣлы въ познаніяхъ низшаго и средняго тюремнаго персонала по уголовному праву, теоретическому и практическому тюрьмовѣдѣнію и т. д.. Но за отсутствіемъ времени мы все это оставимъ въ сторонѣ, хотя оно и достойно вниманія. Уже то немногое, котораго мы коснулись, даетъ намъ право сказать, что изъ „обзора“ нельзя почерпнуть полной и дѣйствительной картины состоянія тюремнаго дѣла въ Россіи. Въ немъ дана формальная отписка

по ряду вопросовъ огромной важности, и эта отписка не чужда иногда расхожденія даже съ оффиціально-признанной дѣйствительностью. Поэтому къ слову благодарности докладчику, умѣло и ярко освѣтившему намъ сухой, но важный матеріалъ, необходимо прибавить пожеланіе, чтобы будущіе отчеты главнаго тюремнаго управленія носили совершенно иной характеръ и памятовали прекрасный завѣтъ молитвы—„не уклони сердце мое въ словеса лукавствія". Тогда, и только тогда, эти отчеты будутъ имѣть дѣйствительную цѣнность и для теоретиковъ-криминалистовъ и для всего русскаго общества.

А. А. Вороновъ. Я буду говорить, какъ юристъ практикъ, наблюдавшій тюремную жизнь по должности товарища прокурора въ четырехъ судахъ и по должности прокурора въ трехъ судахъ. Мнѣ выпало контролировать дѣятельность чиновъ тюремнаго вѣдомства за оба періода его жизни. Началъ я свою службу, когда тюремное вѣдомство находилось въ вѣдѣніи министерства внутреннихъ дѣлъ, и на пуговицахъ его чиновъ былъ изображенъ не знакъ закона, а двуглавый орелъ. Тогда положеніе дѣлъ въ судебномъ вѣдомствѣ было нѣсколько иное, чѣмъ теперь. Самодержавнѣйшій Императоръ Александръ III съ чувствомъ глубокаго удовлетворенія, по поводу открытія судебныхъ учрежденій въ Туркестанѣ, констатировалъ: „Слава Богу, хоть въ судебномъ вѣдомствѣ все обстоитъ благополучно". Чины прокурорскаго надзора, въ качествѣ лицъ, наблюдавшихъ за дѣятельностью тюремнаго вѣдомства, по мѣрѣ силъ своихъ слѣдили за законностью въ дѣйствіяхъ чиновъ другого вѣдомства, контролировали, критиковали. И если они встрѣчали препятствія, то главнымъ изъ нихъ надо считать зависимость на мѣстахъ отъ губернаторовъ, необходимость приноровляться, приспособляться къ чинамъ министерства внутреннихъ дѣлъ. Съ переходомъ тюремнаго вѣдомства въ министерство юстиціи лица прокурорскаго надзора оказались въ положеніи контролирующихъ и критикующихъ собственное вѣдомство. Съ виду мелочь, оно имѣетъ на дѣлѣ большое значеніе: реформы дѣлаются людьми. Положеніе осложняется еще тѣмъ, что съ передачей тюремнаго вѣдомства въ министерство юстиціи не измѣнились взаимоотношенія и зависимость на мѣстахъ отъ губернаторовъ. Переходъ тюремнаго вѣдомства къ министерству юстиціи съ сохраненіемъ стараго положенія

на мѣстахъ—весьма печальное явленіе, многими отмѣченное. Если обратиться къ отдѣльнымъ вопросамъ, затронутымъ докладчикомъ, то среди важнѣйшихъ нужно отмѣтить эпидемію тифа въ нашихъ тюрьмахъ. Ею вызвано распоряженіе о пріостановкѣ пересылки заключенныхъ. Неприспособленныя къ тому тюрьмы превратились въ каторжныя; произошла нивеллировка заключенныхъ, о губительномъ вліяніи которой излишне говорить. И тѣмъ не менѣе эпидемія приняла такіе размѣры, что даже губернаторъ Клингенбергъ, посѣщавшій Екатеринославскую тюрьму, заразился тифомъ, который и свелъ его въ могилу. И этому-то явленію „обзоръ" нашелъ возможнымъ посвятить лишь нѣсколько строкъ. Говоря о ростѣ преступности, отчетъ не считаетъ нужнымъ упомянуть о ростѣ числа каторжныхъ „специфическаго" свойства, а также о большомъ % содержащихся подолгу безъ предъявленія къ нимъ какого бы то ни было обвиненія. Нельзя обойти молчаніемъ и тѣлесныя воздѣйствія при дознаніи, имѣвшія мѣсто въ тюрьмахъ. Истязанія принимали такіе размѣры, что даже Варшавская судебная палата, которая обвиняла тѣхъ, кого оправдывалъ военный судъ, должна была въ цѣломъ рядѣ политическихъ процессовъ выносить оправдательные приговоры въ виду того, что выяснялись ужасныя картины истязаній съ цѣлью вынудить ложное сознаніе и оговоръ. Дошло до того, что по одному дѣлу одно лицо поименно назвало 98 человѣкъ, присутствовавшихъ на какомъ-то собраніи, при чемъ въ числѣ этихъ 98 сохранившихся въ памяти свидѣтеля именъ участниковъ собранія оказались имена лицъ, бывшихъ во время собранія... въ зерентуйской каторжной тюрьмѣ. Такихъ сторонъ въ жизни нашей тюрьмы „обзоръ" конечно, не касается. Приходится вмѣстѣ съ докладчикомъ выразить сожалѣніе по поводу изобилія паузъ въ „обзорѣ", стоящихъ въ связи съ паузами въ нашей жизни. Въ тюремной жизни коренное измѣненіе отношеній прокуратуры къ своимъ обязанностямъ можетъ оказаться весьма благотворнымъ. Но это палліативъ. Реформы творятся людьми, но нужна прежде всего коренная реформа. Она создастъ людей.

Н. Д. Соколовъ. Вопросъ о тюрьмѣ имѣетъ много сторонъ, и трудно всѣ обнять однимъ докладомъ. Однако, я позволю себѣ послать упрекъ докладчику за то, что онъ посвятилъ недостаточно вниманія внутренней сторонѣ тю-

ремной жизни, не заглянулъ за рѣшетку тюрьмы. А между тѣмъ, и въ оффиціальныхъ документахъ—я имѣю въ виду инструкціи—можно найти нѣкоторый любопытный матеріалъ. Совершившійся за послѣднее время переломъ во внутренней жизни тюрьмы отразился болѣе всего на политическихъ заключенныхъ. Такъ, прежде „политики" получали изъ тюремной библіотеки неограниченное количество книгъ и могли вести переписку безъ ограниченія ихъ числомъ и размѣромъ писемъ. Нынѣ даже въ домѣ предварительнаго заключенія „политики" получаютъ лишь разъ въ недѣлю изъ библіотеки не болѣе трехъ книгъ, имѣютъ право въ теченіе мѣсяца написать лишь одно письмо на одномъ почтовомъ листкѣ бумаги, получаютъ свиданія обязательно черезъ рѣшетку и т. д. Если бы докладчикъ глубже заглянулъ въ жизнь тюрьмы, онъ бы несомнѣнно пришелъ къ выводу, что онъ слишкомъ въ серіозъ принимаетъ задачи тюрьмы такъ, какъ онѣ обрисованы въ законѣ. Либо предварительное заключеніе, либо наказаніе. Но есть еще третья задача—средство къ тому, чтобы добиться самооговора. Мнѣ вспоминается недавній военно-морской процессъ, на которомъ обнаружилось, что на волю заключенныхъ старались вліять въ направленіи самооговора угрозой перевести ихъ въ противномъ случаѣ въ Петропавловскую крѣпость. Мнѣ вспоминается также цѣлый рядъ другихъ процессовъ, на которыхъ выяснялись ужасныя картины воздѣйствія на волю заключенныхъ подслѣдственныхъ. Изъ массы этихъ случаевъ я позволю себѣ выдѣлить лишь два, которые хотѣлось бы зафиксировать въ памяти присутствующихъ. 7 сентября 1906 г. въ Ригѣ въ выѣздной сессіи Виленскаго военнаго суда слушалось дѣло Шимхунаса, Плотникова и др. по обвиненію ихъ по ст. 279 за убійство шпіона. Всѣ подсудимые въ стадіи дознанія сознались. На судѣ всѣ отказались отъ сознанія и объяснили, что оно дано подъ вліяніемъ нестерпимыхъ пытокъ. Разсказы подсудимыхъ приводили въ дрожь самыхъ спокойныхъ людей; однако, подтвердить свою печальную повѣсть объективными и безусловными доказательствами подсудимымъ едва ли удалось бы, если бы не счастливая случайность. Во время перерыва, къ защитникамъ подошелъ увѣшанный медалями и орденами офицеръ и заявилъ, что онъ, по должности начальника караула, былъ свидѣтелемъ этихъ пытокъ и готовъ подтвердить этотъ фактъ и передъ

судомъ. По ходатайству защиты этотъ офицеръ—поручикъ Козловскій—былъ допрошенъ въ качествѣ свидѣтеля, и онъ простыми словами фактовъ нарисовалъ ужасную картину. Столъ. За столомъ нѣсколько чиновъ сыскного отдѣленія. Обнаженнаго Шимхунаса нещадно бьютъ резиновыми палками, покуда онъ не сознается... Подсудимые оправданы. О дѣйствіяхъ чиновъ сыскного отдѣленія доведено до свѣдѣнія прокурорскаго надзора. Впрочемъ слѣдствія и суда надъ истязателями, конечно, не было. Или 9 ноября 1907 г. тотъ же Виленскій военный судъ разбиралъ въ Митавѣ дѣло двухъ гимназистовъ,—братьевъ Іохельсонъ. На этотъ разъ дѣло кончилось весьма печально—оба гимназиста повѣшены. На судѣ свидѣтели разсказывали, что свой оговоръ они сдѣлали подъ вліяніемъ пытки каленымъ желѣзомъ въ Рижскомъ сыскномъ отдѣленіи. А. С. Зарудный довелъ объ этомъ до свѣдѣнія трехъ министровъ. Результатовъ, конечно, никакихъ. Имѣя дѣло съ такими фактами, не приходится радоваться вмѣстѣ съ докладчикомъ росту бюджета тюремнаго вѣдомства.

Кн. *С. П. Мансыревъ*. Какъ членъ Гос. Думы, я остановлюсь на тѣхъ запросахъ, которые вносились въ Гос. Думу, въ связи съ истязаніемъ заключенныхъ. И прежде всего о Рижскомъ застѣнкѣ. Защитникъ по многимъ политическимъ процессамъ въ Прибалтійскомъ краѣ, я знаю всѣ эти ужасы. Предо мною онѣ всѣ проходили, эти картины, отъ которыхъ волосы становятся дыбомъ. Какъ живая, стоитъ предо мною фигура Освальда Нейланда, который, давая показанія на судѣ, не могъ ни стоять, ни лежать, ни сидѣть—живого мѣста не оставили на немъ въ застѣнкѣ, который въ началѣ двадцатаго вѣка видѣлъ такіе ужасы, до какихъ не додумалась бы самая пылкая фантазія. И тѣмъ не менѣе, я долженъ сказать въ защиту министерства юстиціи, что запросы были направлены не по надлежащему адресу. Истязанія производились не въ тюрьмѣ, а въ сыскномъ отдѣленіи; музей съ его орудіями пытки находился не въ тюрьмѣ, а въ сыскномъ отдѣленіи. Министру юстиціи могъ быть предъявленъ другой запросъ, а именно: что дѣлалъ прокурорскій надзоръ въ виду этихъ ужасовъ, какъ онъ боролся противъ введенія въ Россіи XX вѣка доподлинной пытки. Но министръ юстиціи въ своемъ отвѣтѣ на запросъ Гос. Думы самъ росписался въ томъ, что министерство юстиціи, въ лицѣ проку-

роровъ, безсильно или не желаетъ бороться съ ужасами, творившимися въ Рижскомъ сыскномъ отдѣленіи. Въ этомъ вина передъ страной министерства юстиціи, но тюремное вѣдомство къ позорному явленію непричастно. Дѣло здѣсь не въ томъ, что тюремное вѣдомство жестоко обращается съ заключенными, а въ томъ, что министерство юстиціи состоитъ въ услуженіи у министерства внутреннихъ дѣлъ. Заслуживаетъ вниманія еще одна сторона въ „обзорѣ". Я имѣю въ виду полное умолчаніе о существующихъ общественныхъ организаціяхъ, ставящихъ себѣ цѣлью помощь заключеннымъ и выпущенникамъ. Существуютъ у насъ тюремные комитеты, но о нихъ ни звука. Въ противовѣсъ невольно вспоминается чудная книга А. Ѳ. Кони о докторѣ Гаазѣ, читая которую, удивляешься и восхищаешься. Существуютъ у насъ и теперь общества патроната, — сказано ли о нихъ хоть что-нибудь? Нѣтъ, „обзоръ" проникнутъ пренебреженіемъ ко всякой общественной дѣятельности, игнорируетъ ее. На послѣднее я позволю себѣ обратить усиленное вниманіе, ибо я считаю, что въ нашихъ тюрьмахъ многое можетъ измѣнить общественная иниціатива, въ нихъ широкое поле для общественной работы. И здѣсь я не могу согласиться съ тѣми надеждами, какія докладчикъ возлагаетъ на амнистію. Когда существуетъ такое положеніе, какъ у насъ, положеніе двухъ лагерей (администрація, объединенная политикой минуты, на одной сторонѣ, и общество—на другой), амнистія не оздоровитъ, не поможетъ. Вѣдь еще совсѣмъ недавно, при обсужденіи въ бюджетной комиссіи Гос. Думы смѣты главнаго тюремнаго управленія, представитель тюремнаго вѣдомства, возражая противъ сокращенія смѣты въ виду ожидающейся въ февралѣ амнистіи, совершенно справедливо сказалъ: „Будьте увѣрены, черезъ мѣсяцъ тюрьмы снова наполнятся заключенными". Никакая амнистія намъ не поможетъ, покуда у насъ есть политика въ судебномъ вѣдомствѣ и пока нѣтъ отвѣтственнаго правительства въ нашемъ государственномъ строѣ.

П. А. Корецкій. Злоупотребленія и правонарушенія, нечеловѣческая жестокость по отношенію заключенныхъ, наблюдается не только въ тюрьмахъ, но и въ другихъ мѣстахъ заключенія. Недалеко ходить за примѣрами. Напр., въ Спасской части въ столицѣ. Въ „одиночныхъ" камерахъ зачастую содержится до 15 человѣкъ въ возрастѣ отъ 10 до 50 и

выше лѣтъ. Тутъ и мелкій воришка, и сутенеръ, и искушенный „тюремный житель", и задержанный до вытрезвленія или за безписьменность, и среди нихъ редакторъ газеты, отбывающій наказаніе въ порядкѣ административномъ. Гигіеническія условія ужасныя. Царятъ всевозможные противоестественные пороки... И вотъ я позволю себѣ, въ восполненіе обстоятельнаго доклада такъ сказать теоретическаго, „кабинетнаго" характера, ознакомить почтенное собраніе съ тюремными порядками „конституціонной" эпохи, которые я имѣлъ случай „близко" наблюдать. Тюрьма эта не каторжная, не дисциплинарная, а обыкновенная губернская тюрьма, въ обычное тихое время, при отсутствіи эксцессовъ и треній. За позднимъ временемъ само собою разумѣется, я лишенъ возможности исчерпать и $^1/_{10}$ доли тѣхъ фактовъ, которыми я располагаю изъ повседневной жизни заключенныхъ. Зданіе очень старое, все пропитано всевозможными міазмами, сыростью и гнилью. Разсчитана тюрьма на 250 человѣкъ. Въ данное время (1909 г.) въ ней содержалось 1340 человѣкъ. Въ иныхъ камерахъ, разсчитанныхъ на 15—20 человѣкъ, содержалось до 100 человѣкъ. Спали въ повалку на двухъэтажныхъ нарахъ, подъ нарами, на полу рядомъ съ „парашей", неимовѣрно зловонной и зачастую дающей течь или переполненной за ночь черезъ край... Въ одиночныхъ камерахъ—8 шаговъ въ длину и 5 въ ширину—содержалось 3—4 человѣка, среди которыхъ бывали и вовсе не курящіе и курящіе махорку. Стужа настолько сильна, что всѣ въ камерѣ въ верхнемъ тепломъ платьѣ, у кого, конечно, таковое имѣется. Двѣ смежныя камеры имѣютъ общую печь, на которую полагается 2 — 3 (буквально) полѣна старыхъ дровъ. Такъ что получается не тепло, а чадъ и смрадъ. Стѣны настолько сырыя, что на полу невысыхающая лужа воды. Прибавьте къ этому коптящую всю ночь дрянную лампочку, и вы не удивитесь, что ночью во время сна приключаются кошмары, обмороки, сопровождаемые рвотой. Пища крайне скудная и недоброкачественная. Улучшеніе пищи на собственныя средства, или полученіе ея извнѣ, за исключеніемъ чая и сахара, не разрѣшается. Обращеніе съ заключенными таково, что не стѣсняются даже женщинъ политическихъ ругать площадною бранью, толкать, а иногда и наносить побои, сажать въ карцеръ и т. п. Во время кратковременныхъ прогулокъ—15 минутъ въ

день—за проволочной изгородью видишь десятки лицъ въ подвальномъ этажѣ, скованныхъ по рукамъ и ногамъ „смертниковъ", которые въ ожиданіи казни часто проводятъ въ такомъ положеніи многіе мѣсяцы". Какъ разъ въ это время, къ которому относится мое повѣствованіе, вспыхнула эпидемія тифа. Сотни заболѣвшихъ и десятки смертныхъ случаевъ. Какова же медицинская помощь? Тюремный врачъ появляется на короткое время и то не каждый день. Больные лежатъ не въ больницѣ, а въ своихъ отвратительныхъ камерахъ, безпомощные, безъ ухода. Трогательно и жутко было видѣть, какъ больные водили другъ друга въ отхожее мѣсто, какъ помогали другъ другу по очереди взлѣзать на высокія покатыя сидѣнья, съ трудомъ взобравшись, часто сваливались на полъ и были безсильны поднять одинъ другого... Вся медицинская часть была въ рукахъ никогда не вытрезвляющагося фельдшера, методы лѣченія котораго были крайне своеобразны. Приходитъ въ пріемную комнату больной съ повышенной температурой, еле держащійся на ногахъ.— „На коечку захотѣлось! Покажь болтушку (языкъ). Засунь его..."—слѣдуетъ возмутительно обидное выраженіе. И затѣмъ обращеніе къ тюремному надзирателю: „Егоръ, полѣчи его, дай ему больничную порцію". И обратное шествіе въ камеру сопровождается нещаднымъ избіеніемъ ключами по чему попало. Часто фельдшеръ прямо такъ и даетъ директивъ: „Егоръ, или Иванъ, дай ему десятокъ ключей подъ ребра, или..." слѣдуетъ неудобоназываемое слово. Вообще, битье, граничащее съ истязаніемъ, практиковалось очень широко. Жаловаться было безполезно. При желаніи изложить письменно, получался отвѣтъ отъ тюремной администраціи: „Нѣтъ бумаги, всѣ писчебумажныя фабрики сгорѣли". Какъ реагировалъ прокурорскій надзоръ, если случайно ему дѣлалось извѣстнымъ о тюремныхъ „порядкахъ"? Товарищъ прокурора N въ сопровожденіи тюремной администраціи и надзирателей обходитъ камеры—визиты крайне рѣдкіе—для принятія *заявленій.*

— Что имѣете заявить?

— Меня на-дняхъ жестоко избили,—заявляетъ одинъ „смѣльчакъ" (политическій).

Прокурорскій надзоръ, поправляя пенснэ:

— По вашему лицу не видно, чтобы васъ избили.

— Въ такомъ случаѣ, мнѣ вамъ больше нечего заявлять,

но долженъ сказать, что послѣ вашего ухода за это мое заявленіе меня опять будутъ бить.

Представитель „царева ока" поворачивается и уходитъ, а бѣднягу тащутъ въ темный карцеръ и нещадно избиваютъ. За истеченіемъ предоставленнаго мнѣ и любезно уступленнаго слѣдующимъ ораторомъ времени, я вынужденъ опустить описаніе повседневнаго порядка заключеннаго со всѣми униженіями и оскорбленіями при „повѣркѣ", при обыскахъ, при сопровожденіи въ баню, на свиданіи при двойной проволочной густой сѣткѣ. Ничего подобнаго во времени до обновленнаго строя даже въ отношеніи уголовныхъ заключенныхъ не имѣло мѣста. До чего невыносимо и тяжко положеніе заключенныхъ можно заключить хотя бы изъ слѣдующаго факта. Защитникъ предлагаетъ приговоренному къ смертной казни подать прошеніе о помилованіи, или о кассаціи приговора.

— Не надо. Не могу я больше выносить эту жизнь. Похлопочите лучше, чтобы скорѣе привели приговоръ въ исполненіе...

Само собою разумѣется, что не такъ называемая „амнистія" поведетъ къ устраненію тюремныхъ пытокъ и безобразій. Они будутъ устранены наряду съ другими преступными правонарушеніями и одичалой жестокостью нашего общежитія, когда право, законъ возобладаетъ надъ „государственностью", когда послѣдняя будетъ вытекать изъ правового строя, а не наоборотъ, какъ сейчасъ.

О. О. Грузенбергъ. Предыдущіе ораторы сообщили множество фактовъ, рисующихъ яркими чертами современную постановку у насъ тюремнаго дѣла. Но нужны ли частныя свидѣтельства тамъ, гдѣ оффиціальный обзоръ, какъ показалъ рядомъ выдержекъ нашъ докладчикъ, вредитъ престижу тюремнаго вѣдомства болѣе, чѣмъ того могъ бы пожелать злѣйшій его врагъ. Онъ не только удостовѣряетъ, что ужасающіе факты стали нормальнымъ явленіемъ. Еще того хуже—онъ самымъ тономъ своимъ лишаетъ надежды на возможность скораго улучшенія. Вы слышали: офиціальный обзоръ помѣщаетъ колкости по адресу Гос. Думы, смѣется надъ печатью, иронизируетъ даже надъ смертью. По поводу печальныхъ событій въ зерентуйской тюрьмѣ обзоръ этотъ пишетъ; самоубійствомъ покончилъ Сазоновъ, а пятеро арестованныхъ „симулировали" самоубійство. Зачѣмъ эти жестокія, несоотвѣт-

ствующія дѣйствительности, слова? Люди рѣшили покончить всѣ счеты съ жизнью, приняли ядъ, имъ заглянула въ глаза смерть... Судьба и врачебная помощь спасли ихъ, а тюремное вѣдомство рѣшается бросить имъ за это укоръ: симулянты!.. Подумали ли тѣ, кто писалъ эти слова, какою болью и обидою отзовутся они въ сердцахъ матерей, сестеръ и братьевъ этихъ несчастныхъ. Развѣ можно такъ играть со словомъ „симуляція"? Не съ большимъ ли правомъ можно сказать, что оффиціальный журналъ, нанося безъ всякой надобности заключеннымъ и ихъ ближнимъ тяжкую обиду, симулируетъ уваженіе къ чужому страданію? Тюремная система, при которой за одинъ только годъ свалилось отъ эпидеміи тифа около 3 тысячъ арестантовъ, не симулируетъ ли правильнаго понятія о наказаніи? Развѣ тюрьма, работающая подъ знаменемъ гуманности и въ то же время доводящая сѣченіемъ цѣлыя группы до самоубійства, не симулируетъ чувства человѣчности? Но чѣмъ же мы, юристы-теоретики и практики, можемъ этому горю помочь? Сторонясь здѣсь всякой политики, мы можемъ свою скорбь, свое негодованіе выразить однимъ только словомъ: стыдно..

С. А. Изнаръ. Мнѣ представляется сегодняшній докладъ однимъ изъ лучшихъ докладовъ, представленныхъ Юридическому Обществу, и потому достойнымъ быть отмѣченнымъ въ исторіи его. При этомъ я усматриваю изъ доклада одинъ весьма отрадный моментъ. Какъ бы плоха ни была русская тюрьма, ни германская, ни французская, ни англійская не имѣютъ такой будущности, какъ наша, русская. Причина—въ особомъ прошломъ нашей тюрьмы: у насъ никогда не было и теперь нѣтъ тѣхъ стѣнъ, которыя отдѣляютъ западно-европейскую тюрьму отъ воли, тѣхъ непроницаемыхъ стѣнъ, какія напримѣръ знаетъ Германія.

А. С. Зарудный. Сегодняшнее обраніе должно поднять свой голосъ по вопросу о положеніи тюремнаго дѣла въ Россіи, въ видѣ-ли резолюціи, или въ какой-либо другой формѣ, которую предсѣдатель собранія признаетъ соотвѣтственной. Обращаясь по существу къ разсмотрѣнію поднятыхъ докладомъ вопросовъ, полагалъ бы, что нѣтъ никакихъ основаній утверждать, чтобы въ тюремномъ дѣлѣ у насъ все было хуже, чѣмъ за-границей. Напротивъ того, свойственная русскому человѣку черта—сожалѣнія и сочувствія несчастному страдальцу-арестанту—безъ

сомнѣнія, нерѣдко проявляется и въ дѣятельности русскаго тюремнаго вѣдомства, среди котораго встрѣчаются по истинѣ достойные и гуманные дѣятели. И, тѣмъ не менѣе, для всякаго практика-наблюдателя нашего тюремнаго быта нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что указанія предшествующихъ ораторовъ о нерѣдкихъ въ нашемъ тюремномъ быту случаяхъ истязаній и пытокъ арестантовъ надо—къ ужасу нашему—признать соотвѣтствующими дѣйствительности. Причины такихъ нестерпимыхъ во всякомъ культурномъ обществѣ порядковъ надо искать, главнымъ образомъ, въ условіяхъ переживаемаго нами переходнаго времени, когда въ тюрьму стало попадать большое количество жертвъ политической борьбы, и въ тюремные порядки ворвалась вредная тюремному, столь-же, какъ и судебному, дѣлу атмосфера политики, общественной вражды и мести. Не остался безъ вреднаго вліянія на дѣло и случившійся въ это-же время переходъ тюремнаго дѣла въ другое вѣдомство. По правилу „новая метла лучше мететъ", новое вѣдомство захотѣло доказать, что оно не хуже своего предшественника стоитъ на стражѣ государственой безопасности, и усиленныя старанія его въ этомъ отношеніи невольно привели къ злоупотребленіямъ и произволу. Наконецъ, подчиненіе тюремнаго вѣдомства одновременно двумъ министерствамъ ведетъ къ отсутствію необходимаго единства въ управленіи дѣломъ и къ затрудненію контроля и борьбы съ злоупотребленіями. Когда-то каждый отдѣльный случай беззаконія и насилія надъ заключеннымъ всполашивалъ общественное мнѣніе и вызывалъ взрывъ негодованія. Нынѣ точно все замерло. Юридическое Общество должно громко сказать: порядки въ нашихъ тюрьмахъ стало невозможны, нетерпимы; надо положить имъ конецъ; надо сосредоточить тюремное дѣло въ одномъ вѣдомствѣ, дѣйствующемъ подъ извѣстнымъ общественнымъ контролемъ; надо строго преслѣдовать превышеніе власти тюремными стражами и, въ особенности, преступное насиліе надъ личностью арестанта; надо внѣдрить въ дѣятельность чиновъ тюремнаго вѣдомства начала не только дисциплины, но и справедливости, законности и любви къ человѣку.

Докладчикъ *М. М. Исаевъ*. За позднимъ временемъ я не стану возражать на всѣ замѣчанія, которыя были мнѣ сдѣланы. Н. Д. Соколовъ, резюмируя свои замѣчанія, сказалъ, что при наличности такихъ порядковъ въ жизни тюрьмы онъ не можетъ раздѣлить мою радость по поводу роста бюджета

тюремнаго вѣдомства. А мнѣ представляется, что нельзя не порадоваться, когда среди ужаса видишь проблески лучшаго, когда видишь, что въ новой женской тюрьмѣ устроены для дѣтей ясли. Мнѣ былъ брошенъ еще упрекъ и за то, что я не оперировалъ примѣрами изъ жизни тюрьмы. Не спорю, этихъ примѣровъ много, слишкомъ много; но мнѣ казалось достаточно оффиціальнаго матеріала; достаточно сопоставить объясненія Соллертинскаго въ I-й Думѣ и объясненія, данныя правительствомъ передъ II и III Гос. Думой, чтобы каждый изъ присутствующихъ здѣсь, вспомнивъ, что послѣдняя страница еще не написана, сдѣлалъ самъ должные выводы. Я не останавливался на частностяхъ, но предоставилъ каждому сдѣлать выводы дедуктивнымъ путемъ. Я поступилъ бы несправедливо, если бы не поблагодарилъ всѣхъ принявшихъ участіе въ бесѣдѣ за то, что они своими цѣнными замѣчаніями дополнили мой докладъ. Моя задача была уже—представить положеніе дѣлъ въ нашихъ тюрьмахъ по официальному матеріалу. Яркими примѣрами изъ жизни мои оппоненты эту картину оживили, сдѣлали красочнѣе.

Предсѣдательствующій *А. А. Жижиленко.* Интересный докладъ М. М. Исаева вызвалъ рядъ интересныхъ соображеній; пренія дополнили докладъ, ибо очевидцы и практики-дѣятели подтвердили то, къ чему докладчикъ пришелъ на основаніи изученія оффиціальнаго матеріала. Затрагивался порою матеріалъ бытовой съ отклоненіемъ отъ строго юридическаго; но это неизбѣжно когда касаешься больныхъ вопросовъ современной жизни. Полагаю, что выражу общее мнѣніе собравшихся, если скажу: положеніе нашей карательной системы весьма печально, и если кое что и дѣлается, то въ слишкомъ недостаточныхъ размѣрахъ. Не принимая какой резолюціи по поводу доклада—это не въ практикѣ Юридическаго Общества—мы, безъ сомнѣнія, всѣ горячо присоединяемся къ тѣмъ пожеланіямъ, какія были формулированы здѣсь А. С. Заруднымъ. Разрѣшите же, въ заключеніе, отъ имени собранія поблагодарить докладчика за его интересный докладъ и пожелать, чтобы М. М. Исаевъ разработалъ и представилъ намъ въ столь же интересныхъ сообщеніяхъ отдѣльные вопросы, лишь вскользь затронутые имъ въ его сегодняшнемъ сообщеніи.

Собраніе апплодисментами выражаетъ благодарность докладчику, послѣ чего засѣданіе закрывается.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

13 февраля 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ члена редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія Общества *П. И. Люблинскаго.*

Предметомъ занятій служили: 1) избраніе новыхъ дѣйствительныхъ членовъ; и 2) докладъ дѣйствительнаго члена Общества *В. Д. Набокова: „Мѣры соціальной защиты противъ рецидивистовъ“.*

Произведенные выборы новыхъ дѣйствительныхъ членовъ дали слѣдующій результатъ: всѣ предложенныя лица оказались избранными, а именно А. Ю. Блокъ, Н. В. Болдыревъ, П. В. Герасимовъ, В. Б. Ельяшевичъ, А. О. Канъ, М. Я. Лазерсонъ, А. Я. Лихтерманъ, А. В. Лучинская, кн. С. П. Мансыревъ, Е. Н. Окунева, С. А. Розингъ, О. М. Сигалъ, Д. В. Философовъ, Л. Є. Эліяссонъ и Е. Ю. Эрлихъ.

Прежде, чѣмъ предоставить слово докладчику, предсѣдательствующій *П. И. Люблинскій* сдѣлалъ слѣдующее краткое сообщеніе:

Въ іюлѣ 1913 г. въ Брюсселѣ, подъ покровительствомъ короля и королевы Бельгійскихъ состоится международный конгрессъ по охранѣ дѣтей (Congrès international pour la protection de l'enfance). Конгрессъ займется прежде всего созданіемъ международнаго бюро покровительства дѣтямъ, а затѣмъ обсужденіемъ ряда отдѣльныхъ вопросовъ. Предвидится раздѣленіе конгресса на двѣ секціи. Первая — о дѣтяхъ нравственно заброшенныхъ — займется слѣдующими вопросами:

1. Подсудность судовъ для малолѣтнихъ. Слѣдуетъ ли передать въ вѣдомство судьи для малолѣтнихъ всѣ дѣла, касаю-

щіяся дѣтей, какъ вопросы о лишеніи родительской власти, опеки и пр.? При утвердительномъ отвѣтѣ желательно знать, какими средствами возможно было бы устранить среди широкой публики смѣшеніе этихъ судовъ съ обычными уголовными судами?

2. Организація попечительнаго надзора.

а) Какими правилами должны нормироваться на время попечительнаго надзора отношенія судьи къ малолѣтнему, его родителямъ, опекунамъ и пр., а также къ попечителямъ, благотворительнымъ обществамъ, ставящимъ цѣлью защиту дѣтей? Какъ наиболѣе цѣлесообразно организовать этотъ процессъ?

б) Ненормальныя дѣти. Значеніе вопроса объ анормальности при изученіи, воспитаніи нравственно-заброшенныхъ дѣтей и при судѣ надъ ними.

в) Слѣдуетъ ли организовать спеціальную техническую подготовку для должностныхъ попечителей? Какіе предметы желательно было бы включить въ кругъ предметовъ подготовки?

3. Опека надъ внѣбрачными дѣтьми. Слѣдуетъ ли организовать для внѣбрачныхъ дѣтей профессіональную опеку, т. е учредить особыхъ назначаемыхъ публичною властью и оплачиваемыхъ чиновниковъ, задачей которыхъ было бы осуществленіе обязанностей опекуновъ надъ всѣми малолѣтними ихъ округа, для которыхъ нельзя было бы найти соотвѣтственнаго представителя?

Вторая секція займется вопросомъ о защитѣ дѣтей младенческаго возраста. Сюда войдутъ вопросы:

1. Объединеніе и упорядоченіе статистики дѣтской смертности.

2. Изысканіе средствъ къ распространенію въ широкихъ массахъ населенія свѣдѣній о гигіенѣ и объ оздоровленіи дѣтства puericulture).

3. Какія мѣры могли бы быть приняты для охраны ребенка внѣ дома родителей или законныхъ опекуновъ?

Для подготовки докладовъ образовано центральное бюро подъ предсѣдательствомъ проф. Prins при секретарѣ H. Jaspare. Въ организаціонный комитетъ отъ Россіи вошли директоръ центральнаго управленія дѣтскихъ убѣжищъ О. К. Адеркасъ, П. И. Люблинскій, мировой судья по дѣламъ о малолѣтнихъ Н. А. Окуневъ и д-ръ О. Винокуровъ.

При бюро съѣзда предполагается издавать періодическое изданіе, посвященное задачамъ попеченія о дѣтяхъ. Желательно, чтобы общества попеченія о дѣтяхъ, трудовой помощи, борьбы съ дѣтской смертностью и т. д., а также отдѣльныя лица, интересующіяся

внесенными въ программу вопросами, заявили о своемъ желаніи участвовать въ съѣздѣ по адресу редакціи журнала „Трудовая Помощь" (С.-Петербургъ, Надеждинская улица, д. 41) на имя П. И. Люблинскаго и Н. А. Окунева.

Затѣмъ былъ выслушанъ докладъ *В. Д. Набокова*: „*Мѣры соціальной защиты противъ рецидивистовъ*".

Положенія доклада:

1. Система перечисленія уже понесенныхъ виновнымъ наказаній недостаточна для признанія его общеопаснымъ рецидивистомъ.

2. Не можетъ быть принята и противоположная система, предполагающая „наклонность къ преступленію" (penchant au crime, Hang zum Verbrechen) и предоставляющая судьѣ рѣшать въ каждомъ случаѣ, имѣется ли налицо эта наклонность.

3. Наиболѣе правильной слѣдуетъ признать систему, сочетающую формальный признакъ рецидива съ субъективной оцѣнкой, рисующей преступника, какъ привычнаго и притомъ опаснаго для правопорядка. § 98 Gegenentwurf'а, выработаннаго фонъ-Листомъ, Калемъ и Гольдшмитомъ, въ этомъ отношеніи является образцовымъ.

4. Изъятіе политическихъ преступниковъ изъ категоріи лицъ, подлежащихъ дѣйствію мѣръ безопасности, представляется необходимымъ и справедливымъ.

5. Примѣненіе особыхъ мѣръ защиты, оправдываемыхъ безцѣльностью примѣненія нормальнаго наказанія, предполагаетъ: a) что карательная система государства находится на достаточной высотѣ, въ общемъ удовлетворяя своему назначенію; b) что общественная среда не ставитъ часто непреодолимыхъ препятствій къ тому, чтобы тюремные выпущенники вернулись къ честному труду и порядочной жизни; c) что организовано общественное попеченіе объ этихъ выпущенникахъ.

6. По отношенію къ общеопаснымъ рецидивистамъ мѣра безопасности должна не замѣнять наказаніе, а слѣдовать за нимъ, т. е. примѣняться послѣ его отбытія.

7. Мѣра безопасности, примѣняемая къ общеопаснымъ рецидивистамъ, должна быть ограничена извѣстнымъ максимальнымъ срокомъ, по истеченіи котораго лицо, подвергнутое этимъ мѣрамъ, во всякомъ случаѣ должно быть выпущено на свободу. Срокъ этотъ

не долженъ быть настолько великъ, чтобы фактически обращать мѣру въ пожизненную.

8. Судъ, разсматривающій дѣло о привычномъ рецидивистѣ, отвѣчающемъ требованіямъ sub 3, долженъ, на основаніи данныхъ расширеннаго судебнаго изслѣдованія, предложить присяжнымъ вопросъ о томъ, признаютъ ли они наличность сказанныхъ условій. При утвердительномъ отвѣтѣ судъ постановляетъ, что, по отбытіи подсудимымъ наказанія, вопросъ о дальнѣйшихъ мѣрахъ безопасности будетъ по отношенію къ нему поставленъ и рѣшенъ особою комиссіей по исполненію наказаній. Составъ этой комиссіи долженъ включать представителей тюремной администраціи, судебнаго персонала, прокуратуры, а также врача, духовное лицо и представителя общества.

Получивъ отъ предсѣдательствующаго слово, докладчикъ *В. Д. Набоковъ* сообщилъ слѣдующее[1]):

Присутствующимъ памятны пренія по вопросу объ опасномъ состояніи преступника, имѣвшія мѣсто на послѣднемъ съѣздѣ Русской Группы Международнаго Союза Криминалистовъ въ Петербургѣ. На съѣздѣ образовалось большинство и солидное меньшинство, и каждая группа предложила свою резолюцію. Однако, и меньшинство находило, что мѣры противъ общеопасныхъ преступниковъ должны быть введены, только при этомъ должны быть установлены самыя широкія гарантіи правъ личности. Въ этомъ смыслѣ и составлена принятая на съѣздѣ резолюція. Настоящій докладъ, стоя на почвѣ резолюціи съѣзда, разрабатываетъ вопросъ о мѣрахъ, какія могутъ быть приняты противъ опредѣленной категоріи общеопасныхъ преступниковъ, а именно—противъ рецидивистовъ. Значительная часть изъ того, что здѣсь проводится, примѣнима лишь при западноевропейскихъ условіяхъ, при широкой гарантіи правъ личности. Казалось бы поэтому, что докладъ имѣетъ чисто академическій характеръ. Однако, мы живемъ въ такое время, когда можно ожидать, что вдругъ, внезапно такія мѣры будутъ предложены сверху (сегодня мѣры противъ хулиганства, завтра неопредѣленные приговоры) хотя бы для того, чтобы щегольнуть передъ Западной Европой. Поэтому на нашей обязанности лежитъ установить пре-

---

[1]) Докладъ былъ напечатанъ въ „Журналѣ Уголовнаго Права и Процесса“, 1913 г., № 1.

дѣлы допустимости этихъ мѣръ, необходимыя предварительныя гарантіи.

Послѣ этого вступленія позвольте перейти къ непосредственной темѣ моего доклада.

Обсужденіе вопроса объ „опасномъ состояніи" преступника („état dangereux", „Sicherungsmassnahmen gegen Gemeingefährliche") въ 1910 г. въ Брюсселѣ закончилось формулой, признавшей необходимость спеціальныхъ мѣръ противъ трехъ категорій „общеопасныхъ". „Законъ—говоритъ резолюція брюссельскаго конгресса—долженъ установить спеціальныя мѣры общественной охраны противъ преступниковъ, опасныхъ либо вслѣдствіе того, что они являются рецидивистами, либо вслѣдствіе ихъ образа жизни, предусмотрѣннаго въ уголовномъ законѣ, или по своимъ наслѣдственнымъ и личнымъ антецедентамъ, выразившимся въ опредѣленномъ преступномъ дѣяніи".

Въ засѣданіи расширеннаго центральнаго бюро союза въ Парижѣ было рѣшено разсмотрѣть каждую изъ этихъ трехъ группъ со слѣдующихъ точекъ зрѣнія: 1) когда имѣется на лицо общеопасность? 2) какія мѣры защиты должны быть примѣняемы къ данной группѣ? 3) кто—уголовный судья, административная или смѣшанная коллегія—долженъ опредѣлить мѣру защиты, наблюдать за ея выполненіемъ и распоряжаться ея прекращеніемъ?

При этомъ имѣлись въ виду слѣдующія, точно опредѣленныя, категоріи: 1) рецидивисты, 2) алкоголики и лица съ „уменьшенной вмѣняемостью" и 3) нищіе и бродяги.

Настоящій рефератъ занимается исключительно первой группой—рецидивистами.

При этомъ нужно замѣтить, что вопросъ о мѣрахъ безопасности противъ упорныхъ (hartnäckig) рецидивистовъ имѣетъ не только довольно обширную литературу, но и разрѣшенъ, въ томъ или другомъ смыслѣ, въ цѣломъ рядѣ уголовныхъ кодексовъ или проектовъ. Имѣется, такимъ образомъ, довольно обширный законодательный матеріалъ, и задача докладчика заключается прежде всего въ обозрѣніи и критикѣ этого матеріала. Такую критику уже можно найти въ трудахъ I. K. V., и докладчику нерѣдко придется указывать на то, что уже было сказано—и сказано лучше—его предшественниками.

I.

Итакъ, прежде всего, какія условія должны быть установлены для того, чтобы рецидивистъ могъ быть признанъ „общеопаснымъ" и чтобы къ нему могли быть примѣнены мѣры безопасности"?

Законодательства (дѣйствующія и проекты), отвѣчающія на этотъ вопросъ, придерживаются различныхъ системъ.

1. Самая простая система—чисто объективная и формальная—заключается въ томъ, чтобы примѣнять мѣры безопасности къ лицамъ, неоднократно въ теченіе извѣстнаго срока понесшимъ осужденіе за преступленія или проступки.

Наиболѣе полное воплощеніе этой системы мы находимъ во французскомъ законѣ о релегаціи 24 мая 1885 г., впервые введшемъ во французское законодательство различіе между преступниками случайными и преступниками привычки и не только установившемъ для послѣднихъ самостоятельное наказаніе—релегацію, но и принявшемъ опредѣленіе повторенія, совершенно отличное отъ установленнаго въ Code Pénal.

Законъ 1885 г. примѣняется къ лицамъ, осужденнымъ указанное въ законѣ число разъ въ теченіе десяти лѣтъ, предшествующихъ послѣднему преступленію. Въ этотъ срокъ не входитъ время, проведенное въ заключеніи. Самое число осужденій установлено по сложной четырехстепенной схемѣ, причемъ минимальнымъ является д в а осужденія (то и другое къ travaux forcés или къ réclusion), а максимальнымъ — семь (сравнительно мелкій рецидивъ). При наличности этихъ осужденій, релегація обязательна.

Подобная же чисто-объективная и формальная система принята въ различныхъ штатахъ Сѣверной Америки, гдѣ признаніе преступника привычнымъ (habitual) и принятіе противъ него соотвѣтствующихъ мѣръ безопасности зависитъ исключительно отъ того, сколько разъ онъ былъ осужденъ уголовнымъ судомъ. Варіируетъ число осужденій и различно рѣшается вопросъ о срокѣ въ различныхъ штатахъ [1]). Въ нѣкоторыхъ изъ нихъ (Washington—законъ 14 марта 1903 г.; Индіана—законъ 28 февраля 1907 г.)

---

[1]) Mitt. der I. K. V. XIX, 349 и 353, Протоколы Sitzung des erweiterten Hauptvorstandes zu Paris 1912,—наряду съ французскимъ закономъ, принимающимъ systeme énumératif, называютъ норвежскій кодексъ и австрійскій проектъ, но, какъ мы далѣе увидимъ, это явная ошибка.

достаточно двухъ осужденій за преступленіе для того, чтобы третье осужденіе могло влечь за собою пожизненное лишеніе свободы. Какъ справедливо замѣчаетъ Mittermaier (Vergl. Darst. Allg. T. III. 345), „man darf hier den Mangel jeder Individualisirung und die grosse Strenge als auffallend bezeichnen".

То же самое мы находимъ въ законодательствѣ New South Wales отъ 20 сентября 1905 г. (Habitual criminals act).

У этой системы есть несомнѣнно положительныя стороны. Такъ, она наиболѣе гарантируетъ обвиняемаго противъ произвола судейскаго усмотрѣнія. Признаки, implicite дающіе понятіе общеопасности, связываютъ судью именно своею объективностью. Они устанавливаются безспорно, одинаково для всѣхъ. Они опираются не на проблематическія сужденія и догадки, а на точныя, документальныя данныя. Они не вводятъ никакихъ отвлеченныхъ величинъ. Они вполнѣ конкретны, вполнѣ опредѣленны.

Но съ этими самыми качествами неизбѣжно связаны иныя отрицательныя стороны, настолько существенныя, что онѣ перевѣшиваютъ достоинства системы и приводятъ въ общемъ къ отрицательной ея оцѣнкѣ, къ заключенію, что она не должна быть воспринята законодательствами, ставящими себѣ цѣлью борьбу противъ общеопасныхъ преступниковъ [1]).

Въ самомъ дѣлѣ:

а) Въ основѣ этой системы лежитъ предположеніе, что человѣкъ, который въ теченіе опредѣленнаго срока неоднократно входилъ въ столкновеніе съ уголовнымъ закономъ, представляетъ опасность для общества и долженъ быть изъ него удаленъ.

Но это предположеніе есть презумпція, которая можетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ оказаться правильной или неправильной. Провѣрить ее судья, однако, не можетъ. Какъ бы ясно ни было, что въ какомъ-либо данномъ случаѣ рецидивъ вызванъ случайными внѣшними причинами, судья все равно обязанъ разсматривать рецидивиста, какъ опаснаго привычнаго преступника. Формализмъ— альфа и омега всей системы. И если онъ можетъ быть желателенъ,

---

[1]) Такъ какъ здѣсь разсматриваются только общія идеи, лежащія въ основѣ той или иной системы, то было бы безполезно и неумѣстно входить въ критику самой формы, въ которую онѣ воплотились, и толковать, напр., о сложности и условности требованій французскаго закона 1885 г. Эти его недостатки могутъ быть устранены, но оцѣнка самой системы отъ этого не измѣнится.

какъ гарантія противъ произвола, то онъ безусловно компрометируетъ цѣлесообразность принимаемыхъ мѣръ.

Отсутствіе формальныхъ условій сдѣлаетъ невозможнымъ примѣненіе этихъ мѣръ въ рядѣ случаевъ, въ которыхъ такое примѣненіе было бы въ высшей степени желательно.

Съ этимъ приходится, конечно, мириться. Гораздо серьезнѣе другое зло: наличность формальныхъ условій зачастую заставитъ примѣнять данныя мѣры тамъ, гдѣ на самомъ дѣлѣ онѣ совершенно безполезны и—что хуже—по существу незаслужены.

б) Такъ какъ системы эти требуютъ многократнаго осужденія за преступныя дѣянія, то этимъ самымъ какъ бы дается премія за умѣлость и ловкость преступника, которому удается избѣгнуть рукъ правосудія, несмотря на многократныя преступленія.

Если же примѣнять мѣры безопасности къ каждому, совершившему нѣсколько преступныхъ дѣяній, то соображенія, приведенныя подъ *а*, окажутся еще убѣдительнѣе.

Ибо если противъ рецидивиста (въ техническомъ смыслѣ слова) говоритъ то обстоятельство, что предшествовавшія наказанія, которымъ онъ подвергался, его не остановили, и есть, такимъ образомъ, хоть какое-либо основаніе считать его неподдающимся исправительному воздѣйствію наказанія,—то по отношенію къ лицу, не подвергающемуся еще наказанію (хотя и учинившему нѣсколько преступныхъ дѣяній), отсутствуетъ и это основаніе.

Такимъ образомъ, надлежитъ придти въ выводу: система перечисленія уже понесенныхъ наказаній недостаточна для признанія виновнаго общеопаснымъ рецидивистомъ.

2. Прямую противоположность системѣ перечисленія составила бы система, которая вовсе не требовала бы ни многократности осужденій, ни многочисленности преступныхъ дѣяній, а ограничилась бы установленіемъ склонности къ преступленію (Hang zum Verbrechen, penchant au crime) и давала бы судьѣ возможность совершенно свободно діагносцировать эту склонность. Эта система, строго говоря, не подлежала бы здѣсь разсмотрѣнію, такъ какъ она игнорируетъ понятіе рецидива. Но тотъ типъ общеопаснаго преступника, который имѣлся бы тутъ въ виду, все-таки въ концѣ концовъ ближе всего подходитъ къ общеопасному рецидивисту, какими бы именами мы его ни называли. И съ точки зрѣнія логической послѣдовательности, разсмотрѣніе этой системы, какъ антитезы системы перечисленія, здѣсь вполнѣ умѣстно. Mitt.

der I. K. V., XIX, 349 и 353 относятъ сюда швейцарскій проектъ, но, какъ мы сейчасъ увидимъ, вполнѣ ошибочно.

Нужно замѣтить, что ни одно законодательство (дѣйствующее или проектированное) не принимаетъ этой системы въ чистомъ видѣ. Швейцарскій проектъ 1908 г. говоритъ (ст. 31, Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern о „Hang zum Verbrechen oder zu Liederlichkeit oder Arbeitsschen", но только въ примѣненіи къ тому, кто „wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe verurteilt wird und schon viele Freiheitsstrafen erstanden hat", т. е. приговоренъ за преступленіе къ лишенію свободы послѣ того, какъ онъ уже многократно подвергался этому наказанію. Норвежское уголовное уложеніе (§ 65) говоритъ объ особыхъ мѣрахъ противъ лицъ, которыя, „вслѣдствіе свойства совершеннаго ими преступленія, лежащихъ въ основѣ его побужденій или обнаруживающагося въ немъ характера (Gesinnung), должны быть признаны со стороны суда и присяжныхъ особенно опасными". Но при этомъ имѣются въ виду только тѣ лица, которыя совершили по крайней мѣрѣ два преступленія, предусмотрѣнныя статьями объ общеопасныхъ преступленіяхъ, поддѣлкѣ монеты, преступленіяхъ противъ нравственности, похищеніи людей, тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ, убійствѣ, тяжкой кражѣ, разбоѣ, вымогательствѣ, тяжкомъ поврежденіи имущества. Равнымъ образомъ, англійскій Preventionof Crime Act 1908 г. называетъ „habitual criminal" того, кто по крайней мѣрѣ трижды былъ осужденъ за преступленіе, по достиженіи 16-ти-лѣтняго возраста, причемъ упорно продолжаетъ вести безчестный или преступный образъ жизни. Только въ литературѣ находимъ мы единичныя предложенія совершенно отказаться отъ формальныхъ условій рецидива и принять свободный діагнозъ общеопасности, который можно было бы установить уже при первомъ преступленіи.

Эту систему также нельзя рекомендовать. Въ противоположность первой, она открывала бы слишкомъ большой просторъ судейскому усмотрѣнію. Она, вмѣстѣ съ тѣмъ, чрезвычайно затрудняетъ и осложняетъ процессъ, такъ какъ дѣлаетъ необходимымъ во всѣхъ случаяхъ постановку и разсмотрѣніе вопроса о томъ, есть ли на-лицо Hang zum Verbrechen, обнаружился ли этотъ Hang въ данномъ преступленіи, подлежащемъ разсмотрѣнію суда. И такъ какъ при отсутствіи въ прошломъ подсудимаго другихъ преступныхъ дѣяній, діагнозъ его Hang zum Verbrechen всегда остается проблематичнымъ, висящимъ въ воздухѣ, легко можетъ

случиться, что общественное мнѣніе отнесется съ недовѣріемъ, осужденіемъ и враждою къ тѣмъ часто суровымъ мѣрамъ, которыя приняты будутъ на основаніи этого діагноза [1]).

Мы получаемъ, слѣдовательно, второе положеніе: не можетъ быть принята система, предполагающая „наклонность къ преступленію" (penchant au crime, Hang zum Verbrechen) и предоставляющая судьѣ рѣшать въ каждомъ случаѣ, имѣется ли на-лицо эта наклонность.

3. Остается третья система, комбинирующая формальный признакъ многократной преступности съ субъективной оцѣнкой (признаніемъ опасныхъ свойствъ личности даннаго преступника). Эту систему мы считаемъ единственно правильной и цѣлесообразной. Она устраняетъ приведенные недостатки двухъ другихъ крайнихъ системъ, она даетъ наибольшія гарантіи противъ судейскаго произвола и наиболѣе точно и конкретно очерчиваетъ кругъ лицъ, къ которымъ желательно примѣненіе спеціальныхъ Sicherungsmassnahmen. Естественно, что эта система преобладаетъ въ новѣйшихъ законодательствахъ (и проектахъ). Но она въ свою очередь допускаетъ рядъ оттѣнковъ, въ которыхъ мы должны критически разобраться.

а) Формальный признакъ можетъ, во-первыхъ, быть установленъ въ видѣ рецидива въ техническомъ смыслѣ слова (т. е. совершенно новаго преступленія послѣ осужденія и отбытія наказанія за предшедствующее) и притомъ однороднаго или неоднороднаго.

Такъ, англійскій законъ говоритъ о троекратномъ осужденіи за „crime". Австрійскій Vorentwurf § 38, говоритъ о лицѣ, которое „за то же самое или за различныя преступленія, предусмотрѣнныя въ главахъ: XVII (наказуемыя дѣянія противъ прочности денежнаго обращенія), XXI (противъ нравственности), XXII (про-

---

[1]) Здѣсь, однако, требуется оговорка. Мы разсматриваемъ, въ предѣлахъ нашей темы, только тѣхъ общеопасныхъ преступниковъ, которые не выходятъ изъ категоріи нормальныхъ, душевно здоровыхъ и противъ которыхъ нѣтъ другихъ основаній принимать мѣры безопасности. Сюда, значитъ, не входятъ лица съ так. наз. Verminderte Zurechnungsfähigkeit, Minderwertige, алкоголики и т. п. Эти лица дѣйствительно могутъ обнаруживать болѣзненный Hang zum Verbrechen, распознаваемый уже при первомъ изслѣдованіи и оправдывающій принятіе Sicherungsmassnahmen, но эти Massnahmen не имѣютъ характера карательной репрессіи и по существу и по формѣ отличны отъ мѣръ безопасности противъ закоренѣлыхъ и не поддающихся исправленію рецидивистовъ.

тивъ жизни и здоровья), XXV (кража и смежныя дѣянія), XXVI (вымогательство и разбой), XXVII (мошенничество), XXVIII (дѣянія во вредъ кредиторамъ), XXIX (наказуемая эксплоатація), XXXIII (укрывательство, пособничество, пріобрѣтеніе подозритель, ныхъ вещей), XXXIV (общеопасныя преступлэнія),—подверглось по крайней мѣрѣ двумъ „Kerkerstrafen" и въ теченіе 5-ти лѣтъ послѣ отбытія послѣдняго наказанія снова совершитъ одно изъ означенныхъ преступленій".

Нѣмецкій Vorentwurf говоритъ въ § 89 о томъ, кто уже многократно, но по крайней мѣрѣ 5 разъ, былъ за преступленіе или умышленный проступокъ подвергнуть серьезному (erheblich) наказанію лишеніемъ свободы, при чемъ по крайней мѣрѣ одинъ разъ—цухтгаузу, и послѣднее наказаніе отбыто не болѣе 3-хъ лѣтъ тому назадъ до совершенія новаго преступленія. То же самое говоритъ Gegenentwurf (§ 98). И въ послѣднихъ Beschlüsse der deutschen Strafrechtskommission осталось это опредѣленіе.

Нѣкоторый оттѣнокъ мы находимъ въ швейцарскомъ Vorentwurf'ѣ 1908 г. Тамъ нѣтъ какого-либо опредѣленнаго числа понесенныхъ уже осужденій и наказаній, необходимыхъ для возбужденія вопроса о sichernde Massnahmen. Тамъ говорится общимъ образомъ: bekundet jemand, der wegen eines—Verbrechens zu Freiheitsstrafe verurteilt wird und der schon viele Freiheitsstrafen erstanden hat, einen Hang zum Verbrechen, etc.

Тутъ же можно замѣтить, что такая неопредѣленность въ законѣ въ высшей степени нежелательна. Что значитъ „viele", безъ минимума? Каждый судъ можетъ толковать это выраженіе по своему, одному покажется достаточнымъ число 4 или даже 3, другой найдетъ, что нужно не менѣе 5—6. Если законъ не считаетъ возможнымъ примѣнять sichernde Massnahmen послѣ перваго же рецидива, онъ долженъ точно установить минимальное количество уже понесенныхъ наказаній, дающее право возбуждать вопросъ объ этихъ Massnahmen.

б) Норвежское уголовное уложеніе 1902, § 65, какъ уже выше было указано, требуетъ совершенія по крайней мѣрѣ двухъ преступленій для того, чтобы возбужденъ былъ вопросъ о примѣненіи мѣры безопасности. Здѣсь, такимъ образомъ, нѣтъ непремѣнно рецидива, въ техническомъ смыслѣ слова, не требуется, чтобы преступникъ впалъ въ новое преступленіе послѣ осужденія и понесенія наказанія за предшествующее. Достаточно, чтобы судомъ могла быть установлена многократность совершенія пре-

*

ступленій, хотя бы виновный въ первый разъ стоялъ передъ судомъ.

Спрашивается, который изъ этихъ двухъ оттѣнковъ болѣе отвѣчаетъ требованіямъ цѣлесообразности?

Нужно замѣтить, что эта разница не есть только формальная. Въ основѣ ея лежитъ извѣстная идея. Требуя примѣненія мѣръ безопасности только къ рецидивистамъ, отбывшимъ уже нѣкоторое число наказаній, мы implicite высказываемъ сужденіе, что существующія карательныя мѣры должны и могутъ исправлять (или устрашать) тѣхъ, кто имъ подвергается и только если эта цѣль не достигнута, можетъ идти рѣчь о принятіи другихъ мѣръ. Здѣсь, такимъ образомъ, преступное прошлое даннаго лица оцѣнивается не только съ точки зрѣнія вытекающей изъ него характеристики, но и съ точки зрѣнія доказанной безрезультатности примѣненныхъ карательныхъ мѣръ. Наоборотъ, въ постановкѣ норвежскаго уголовнаго уложенія многократное—или хотя бы двукратное — совершеніе преступленій разсматривается, какъ признакъ особой опасности, представляемой преступникомъ. Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ онъ можетъ поддаться исправительному воздѣйствію наказанія, остается открытымъ. Sichernde Massnahmen примѣняется къ нему не потому, что наказаніе оказалось безсильнымъ, не достигающимъ цѣли, а потому, что отъ наказанія не ждутъ благопріятныхъ результатовъ въ виду личныхъ свойствъ преступника.

Если это такъ, то нужно признать, что система *а* заслуживаетъ препочтенія передъ системой *б*. Въ основѣ государственной реакціи противъ преступныхъ дѣяній лежитъ наказаніе. Государство стремится къ цѣлесообразной организаціи карательныхъ мѣръ, и съ его стороны было бы совершенно непослѣдовательно признать, что наказаніе нормальнаго типа непримѣнимо a priori къ данному преступнику—при томъ условіи, разумѣется, если этотъ преступникъ принадлежитъ къ категоріи нормальныхъ—только потому, что онъ судится за нѣсколько преступленій. Напротивъ того, если онъ рецидивистъ въ техническомъ смыслѣ слова, то можно съ нѣкоторымъ основаніемъ заключить, что карательныя мѣры нормальнаго типа не достигаютъ по отношенію къ нему тѣхъ цѣлей (исправленія или устрашенія), которыя государство себѣ ставитъ. Исходя изъ этого, мы должны признать, что здѣсь не требуется спеціальный рецидивъ, и потому правильнѣе говорить не о совершенныхъ преступленіяхъ, а о понесенныхъ уже виновнымъ наказаніяхъ. Вопросъ о томъ, можно ли при всякаго рода преступленіяхъ признавать преступника опаснымъ

или же только при нѣкоторыхъ категоріяхъ и какихъ именно, — этотъ вопросъ будетъ разсмотрѣнъ ниже. Что касается до вопроса о томъ, какой тяжести должны быть понесенныя наказанія, то на него нельзя, конечно, дать одинаковый отвѣтъ для всѣхъ законодательствъ.

в) Обращаемся теперь ко второму элементу формулы,—къ тому, которымъ характеризуется индивидуальность даннаго преступника. Здѣсь мы имѣемъ большое разнообразіе въ терминологіи. Выше мы привели опредѣленіе швейцарскаго, норвежскаго и англійскаго законодательствъ. Австрійскій Vorentwurf (§ 38) говоритъ: „. . wenn ihn (den Rückfälligen) seine Verbrechen als gemeingefährlich erscheinen lassen und anzunehmen ist, er werde sich von weiteren strafbaren Handlungen nicht abhalten lassen". Нѣмецкій Vorentwurf — о рецидивистѣ, совершающемъ новое преступленіе, — „ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen, das ihn in Verbindung mit seinen Vorstrafen als gewerbs-oder gewohnheitsmässigen Verbrecher erscheinen lässt". Gegenentwurf прибавляетъ къ признакамъ „gewerbs-oder gewohnheitsmässig" еще одинъ — „und für die Rechtssicherheit gefährlich". Эту же терминологію принимаетъ die StRKO (Strafrechtskommission). Этой послѣдней редакціи слѣдуетъ дать предпочтеніе. Она съ наибольшей точностью, опредѣленностью и полнотою характеризуетъ ту категорію лицъ, которую здѣсь имѣютъ въ виду. Она употребляетъ общепонятныя выраженія, имѣющія вмѣстѣ съ тѣмъ спеціальное уголовно-юридическое значеніе. Она, наконецъ, въ достаточной мѣрѣ суживаетъ кругъ лицъ къ которымъ могутъ быть примѣняемы мѣры безопасности. Этимъ самымъ уменьшается возможность произвола и ошибокъ.

Наше третье положеніе мы можемъ, такимъ образомъ, формулировать въ слѣдующихъ словахъ: наиболѣе правильной слѣдуетъ признать систему, сочетающую формальный признакъ рецидива съ субъективной оцѣнкой, рисующэй преступника какъ привычнаго и притомъ опаснаго для правопорядка. § 98 Gegenentwurf'а въ этомъ отношеніи является образцовымъ.

Тутъ же, однако, приходится сдѣлать двѣ очень существенныя оговорки.

1. Тѣ законодательства, которыя вносятъ въ опредѣленіе понятія общеопаснаго преступника признакъ рецидива, иногда ограничиваютъ этотъ рецидивъ опредѣленными категоріями преступныхъ дѣяній. Такова, напр., система венгерскаго Vorentwurf. Но другіе — и въ томъ числѣ нѣмецкій Vorentwurf, а также Gege-

nentwurf, не дѣлаютъ никакихъ различій по существу преступныхъ дѣяній. Конечно, здѣсь въ сущности имѣются въ виду все тѣ же преступники и тѣ же преступленія: прежде всего — преступленія, въ основѣ которыхъ лежитъ корыстный мотивъ (всѣ разнообразные виды воровства, мошенничества, подлога, также ростовщичества, злоупотребленіе довѣріемъ и т. д.); затѣмъ — преступленія противъ личности, совершаемыя въ силу особенно необузданныхъ, дикихъ и грубыхъ свойствъ характера, въ частности преступленія противъ нравственности. Отсюда возникаетъ вопросъ: слѣдуетъ ли указать въ законѣ тѣ категоріи преступниковъ, изъ которыхъ обычно формируются общеопасные преступники? Мы полагаемъ, что вопросъ этотъ надлежитъ поставить нѣсколько иначе, и тогда отвѣтъ на него долженъ быть утвердительный. Есть группа преступныхъ дѣяній, относительно которой въ законѣ необходимо прямо оговорить, что они ни при какихъ условіяхъ не могутъ вызвать примѣненіе мѣръ безопасности. Это—политическія преступленія, въ широкомъ смыслѣ слова, т. е. всѣ тѣ, въ основѣ которыхъ лежатъ альтруистическія побужденія соціальнаго или политическаго характера. Очень легко себѣ представить, что политическій преступникъ съ внѣшней стороны будетъ соотвѣтствовать всѣмъ тѣмъ признакамъ, которые законъ установитъ для общеопаснаго преступника. Онъ можетъ быть рецидивистомъ и даже многократнымъ, такъ какъ въ основѣ его дѣятельности лежитъ извѣстный комплексъ идей, властно имъ руководящихъ, онъ можетъ быть признанъ привычнымъ преступникомъ, въ виду настойчивости и упорства, которыя онъ обнаруживаетъ. Наконецъ, если его идеи враждебны данному государственному или общественному строю и вызываютъ соотвѣтственно-враждебныя дѣйствія, онъ можетъ быть признанъ „für die Rechtssicherheit gefährlich"... И тѣмъ не менѣе нельзя допустить, чтобы государство по отношенію къ нему прибѣгало къ какимъ-нибудь другимъ дѣйствіямъ и мѣрамъ, кромѣ чисто-карательныхъ, налагаемыхъ судебнымъ порядкомъ за извѣстныя преступленія, прямо опредѣленныя въ законѣ. Я считаю это ограниченіе тѣмъ необходимѣе, что ни одно законодательство о немъ не упоминаетъ, а въ литературѣ вопросъ совсѣмъ не разработанъ, и хотя, напр., Prins на конгрессѣ I. K. V. въ Брюсселѣ 1910 г. заявлялъ, что о политическихъ преступникахъ не можетъ быть и рѣчи, другіе гораздо менѣе категоричны, а Mittermaier въ своемъ докладѣ собранію нѣмецкой группы I. K. V. 1911 г. высказалъ прямо противоположную точку зрѣнія.

Я считалъ бы очень существеннымъ, чтобы копенгагенскій съѣздъ I. K. V. въ 1913 г. остановился на этомъ вопросѣ и обсудилъ его. Со своей стороны я приведу вкратцѣ тѣ соображенія, которыя, по моему мнѣнію, говорятъ въ пользу упомянутаго ограниченія.

Они, прежде всего, вытекаютъ изъ самаго существа задачи, которую ставятъ государства, требуя особыхъ мѣръ безопасности противъ опредѣленнаго класса преступниковъ. Несомнѣнно, что тѣ люди, которые здѣсь имѣются въ виду, представляютъ длительную угрозу не для того или другого государственнаго или общественнаго строя, а для человѣчества вообще, для общественности, для цивилизаціи. Въ основѣ ихъ дѣятельности лежатъ грубые эгоистическіе мотивы, создающіе преступныя привычки, побуждающіе ихъ не считаться ни съ велѣніями закона, ни съ благомъ отдѣльныхъ лицъ, являющихся объектами посягательствъ съ ихъ стороны. Ничего подобнаго, конечно, нельзя сказать о политическихъ преступникахъ. Отнесеніе ихъ къ „преступному класоу" было бы величайшей несправедливостью. Мы знаемъ, что имена ихъ, переходя въ исторію, нерѣдко окружаются ореоломъ, изъ преступниковъ они превращаются въ героевъ. Имъ чужды соображенія личнаго характера — наоборотъ, мы часто видимъ, что они сознательно и съ готовностью жертвуютъ личными благами ради достиженія идейныхъ цѣлей. Конечно, и среди политическихъ преступниковъ могутъ встрѣчаться низменныя личности, люди, зараженные болѣзненнымъ желаніемъ славы, жестокіе и безжалостные, а иногда — будущіе предатели и ренегаты. Но никто не станетъ отрицать, что они представляютъ исключенія, а не общее правило. Это сознаютъ современныя государства и отсюда вытекаетъ, между прочимъ, общепризнанный принципъ невыдачи политическихъ преступниковъ, допущеніе въ этой области частыхъ амнистій и т. д.

Поэтому изъятіе политическихъ преступниковъ изъ категоріи лицъ, подлежащихъ дѣйствію мѣръ безопасности, представляется необходимымъ и справедливымъ.

2. Одна изъ предпосылокъ, лежащихъ въ основѣ примѣненія мѣръ безопасности, заключается въ томъ, что преступники, подвергаемые дѣйствію этихъ мѣръ, не воспріимчивы къ дѣйствію мѣръ карательныхъ, что наказывать ихъ—безполезно. Но эта предпосылка сама предполагаетъ существованіе другихъ группъ преступниковъ, которыхъ наказывать полезно,—предполагаетъ, слѣдовательно, что, вообще говоря организація карательныхъ мѣръ находится на должной

высотѣ, что тюрьма не развращаетъ преступника, а въ извѣстномъ смыслѣ исправляетъ, пріучая къ труду. Далѣе, предполагается, что и въ обществѣ, куда возвращаются выпущенные изъ тюрьмы, они имѣютъ возможность жить честнымъ трудомъ, не встрѣчая со всѣхъ сторонъ недовѣрія и презрѣнія, не дѣлаясь паріями. На берлинскомъ съѣздѣ нѣмецкой группы I. K. V. въ 1911 г. были приведены слова одного изъ выдающихся и гуманныхъ членовъ группы: „Если ко мнѣ придетъ образованный человѣкъ, отбывшій наказаніе, и спроситъ меня: что мнѣ теперь дѣлать?, то я бы хотѣлъ ему отвѣтить: возьми револьверъ и застрѣлись". Пока эти слова останутся глубокой и трагической правдой, до тѣхъ поръ будетъ величайшимъ лицемѣріемъ ставить тюремнымъ сидѣльцамъ на счетъ тѣ невыносимыя жизненныя условія, съ которыми они сталкиваются послѣ выпуска на волю. И никто не станетъ отрицать, что въ этой области еще очень много остается сдѣлать. Усилія, здѣсь затраченныя, не пропадутъ даромъ и по отношенію ко многимъ и многимъ сдѣлаютъ излишней самую постановку вопроса о ихъ „неисправимости" и общеопасности.

Мнѣ хотѣлось бы выразить эту мысль въ видѣ опредѣленнаго тезиса, такъ какъ я считаю, что до сихъ поръ на этой сторонѣ вопроса недостаточно останавливались, нерѣдко довольствуясь такимъ разсужденіемъ: дѣйствующія карательныя мѣры въ примѣненіи къ данному преступнику или данной категоріи преступниковъ оказались безплодными, ergo, надо примѣнить мѣры другого свойства, обезвреживать, элиминировать и т. д. Между тѣмъ, возможно, вѣдь, и другое заключеніе. Извѣстна поговорка: Wenn ein Buch und ein Kopf zusammenstossen und es hohl klingt, ist es nicht immer im Buche. Ее можно было бы перефразировать: Wenn der Verbrecher und die Strafe zusammenstossen und es hohl klingt, ist es nicht immer im Verbrecher...

Я бы сказалъ слѣдовательно: примѣненіе особыхъ мѣръ защиты, оправдываемыхъ безцѣльностью примѣненія нормальнаго наказанія, предполагаетъ: a) что карательная система государства находится на достаточной высотѣ, въ общемъ и цѣломъ удовлетворяя своему назначенію; b) что общественная среда не ставитъ часто непреодолимыхъ препятствій къ тому, чтобы тюремные выпущенники вернулись къ честному труду и порядочной жизни; c) что организовано общественное попеченіе объ этихъ выпущенникахъ.

II.

Обращаемся ко второму вопросу: какія мѣры должны быть примѣнены къ данной группѣ?

По этому поводу, въ протоколѣ засѣданія des erweiterten Hauptvorstandes zu Paris 1912 г. мы читаемъ: „Всѣ согласны съ тѣмъ, что здѣсь можетъ идти рѣчь только о мѣрахъ, длительность которыхъ впередъ не опредѣлена—либо неопредѣленное наказаніе, либо особое предохранительное заключеніе, либо сочетаніе того и другого". И намъ прежде всего надо себѣ выяснить: существуетъ ли какое-нибудь принципіальное различіе между этими рѣшеніями или же принятіе того или другого изъ нихъ есть исключительно вопросъ практическаго удобства? И при отвѣтѣ въ первомъ смыслѣ возникаетъ слѣдующій вопросъ: съ точки зрѣнія принципіальной, какое рѣшеніе приходится признать наиболѣе правильнымъ?

Я утверждаю, что поставленный вопросъ не можетъ быть трактуемъ, какъ вопросъ практическаго удобства, что онъ имѣетъ принципіальное значеніе, и тотъ или иной отвѣтъ на него имѣетъ тѣсную связь съ основными уголовно-политическими взглядами. Именно эти основные взгляды являются рѣшающими, поскольку рѣчь идетъ объ „unbestimmte Strafen", и притомъ безразлично, будутъ ли это „unbestimmte Strafen" въ настоящемъ смыслѣ слова или только въ относительномъ, т. е. съ опредѣленнымъ максимумомъ. Пишущій эти строки принадлежитъ къ противникамъ идеи неопредѣленныхъ приговоровъ. Онъ считаетъ, что этотъ институтъ противорѣчитъ основнымъ принципамъ уголовнаго правосудія и что введеніе его вызвало бы очень серьезныя послѣдствія въ области народной психики, въ отношеніи народа къ суду и судебнымъ приговорамъ, что послѣдствія эти были бы неблагопріятны и что возможныя практическія выгоды, достигаемыя введеніемъ неопредѣленныхъ приговоровъ, покупались бы слишкомъ дорогой цѣной. Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что разъ было бы допущено введеніе неопредѣленныхъ приговоровъ для какой бы то ни было категоріи преступниковъ, распространеніе его на всѣ другія было бы только вопросомъ времени, а это значило бы отказаться отъ основной идеи, на которой базируется современное уголовное правосудіе.

Возможно, что въ будущемъ общественное правосознаніе не станетъ возражать противъ введенія неопредѣленныхъ приговоровъ.

Мы вполнѣ понимаемъ тѣхъ приверженцевъ этой идеи, которые уже и въ настоящее время дѣятельно ее пропагандируютъ и подготовляютъ почву къ ея введенію. Но и они понимаютъ практическую безнадежность своихъ стремленій при нынѣшнихъ условіяхъ, и проф. фонъ-Листъ былъ совершенно правъ, когда на съѣздѣ нѣмецкой группы онъ, съ точки зрѣнія соотношенія силъ, которыми располагаетъ то или другое направленіе въ руководящихъ кругахъ, заявлялъ: „Unbestimmte Verurteilung setzen wir heute nicht durch", т. е. намъ не удастся сегодня провести систему неопредѣленныхъ приговоровъ.

Разъ это такъ, остаются только двѣ другія возможности: либо sichernde Massnahme въ замѣну наказанія, либо sichernde Massnahme въ комбинаціи съ наказаніемъ. Поскольку идетъ рѣчь о той спеціальной категоріи преступниковъ, которою мы занимаемся, я полагаю, что послѣднее рѣшеніе представляется наиболѣе правильнымъ. Нѣтъ ни малѣйшаго основанія освобождать закоренѣлыхъ рецидивистовъ, привычныхъ и профессіональныхъ, отъ отбыванія наказанія. Это не выдерживало бы теоретической критики и было бы нецѣлесообразно практически, такъ какъ главная цѣль sichernde Massnahmen—охрана общества—одинаково успѣшно достигается примѣненіемъ того долгосрочнаго наказанія, которое угрожаетъ рецидивисту. Sichernde Massnahme должна въ этихъ случаяхъ разсматриваться, какъ дополнительная мѣра, и мы далѣе постараемся доказать, что самый вопросъ о томъ, надлежитъ ли или не надлежитъ къ ней прибѣгнуть, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ рѣшаться послѣ отбытія наказанія.

Могутъ возразить, что практически здѣсь нѣтъ большой разницы, такъ какъ мѣры безопасности мало чѣмъ будутъ отличаться отъ мѣръ карательныхъ. Но такое возраженіе ошибочно. Если въ самомъ характерѣ мѣръ безопасности, принимаемыхъ противъ закоренѣлыхъ рецидивистовъ, есть много общаго съ уголовнымъ наказаніемъ—и прежде всего, элементъ принудительнаго лишенія свободы,—то желателенъ цѣлый рядъ другихъ условій, которыя должны быть свойственны только мѣрамъ безопасности. Объ этихъ условіяхъ я ниже скажу подробнѣе, теперь же упомяну только о главномъ—о періодическихъ пересмотрахъ рѣшенія, устанавливающаго лишеніе свободы, въ качествѣ мѣры предохранительной. Gegenentwurf къ нѣмецкому Vorentwurf'у допускаетъ ходатайство о постановленіи судебнаго рѣшенія, если Verwahrung продолжается болѣе 2-хъ лѣтъ; при чемъ такое ходатайство, въ случаѣ его откло-

ненія, не можетъ быть возобновлено ранѣе 2-хъ лѣтъ. Здѣсь устанавливается, такимъ образомъ, возможность пересмотра дѣла черезъ каждые два года. Само собою понятно, что нѣтъ никакого основанія устанавливать такой періодическій пересмотръ судебнаго рѣшенія, по которому закоренѣлый рецидивистъ приговоренъ къ долгосрочному заключенію.

Такимъ образомъ, я полагаю, что по отношенію къ общеопаснымъ рецидивистамъ мѣра безопасности должна не замѣнять наказаніе, а слѣдовать за нимъ, т. е. примѣняться послѣ его отбытія.

Обращаясь теперь къ ближайшему разсмотрѣнію самихъ свойствъ мѣры безопасности, нужно прежде всего остановиться на вопросѣ о ея срочности. Протоколъ парижскаго съѣзда констатируетъ, что вопросъ этотъ единогласно рѣшается въ смыслѣ непредустановленности срока. Въ такую общую формулировку необходимо, однако, внести оговорки.

Поскольку основаніемъ принятія мѣръ безопасности являются тѣ или другія патологическія особенности даннаго лица, сближающія его съ невмѣняемыми (въ частности, поскольку идетъ рѣчь объ алкоголикахъ, о лицахъ, обладающихъ уменьшенной вмѣняемостью) вполнѣ понятно и безспорно, что мѣры безопасности должны примѣняться до тѣхъ поръ, пока продолжается это патологическое состояніе, въ тѣхъ случаяхъ, конечно, когда оно представляетъ угрозу для общественныхъ и личныхъ интересовъ. Если это состояніе оказывается безнадежнымъ и данный субъектъ—неисцѣлимымъ (это не значитъ „неисправимымъ", такъ такъ объ его исправленіи нѣтъ смысла заботиться, разъ его порочность имѣетъ патологическое происхожденіе), то мѣра, не ограниченная срокомъ, можетъ, конечно, превратиться въ пожизненную. Здѣсь вопросъ можетъ заключаться только въ томъ, чтобы создать надлежащія гарантіи, устраняющія возможность злоупотребленій. Не слѣдуетъ забывать, что здѣсь идетъ рѣчь объ особенныхъ промежуточныхъ состояніяхъ, трудно распознаваемыхъ, и что заключеніе о дѣйствительной опасности, представляемой даннымъ субъектомъ, зачастую бываетъ очень проблематичнымъ. Печальный опытъ прошлаго, говорящій объ ошибкахъ въ діагнозѣ опредѣленныхъ психическихъ заболѣваній, долженъ служить здѣсь памятнымъ предостереженіемъ. Но ближе на этой сторонѣ вопроса мнѣ не приходится останавливаться, такъ какъ она не входитъ въ мою тему. Я говорю здѣсь только о привычныхъ рецидивистахъ. Мы видимъ, что тѣ законы и проекты, которые вводятъ для этой категоріи общеопасныхъ особыя Siche-

rungsmassnahmen, всегда устанавливаютъ максимальные сроки. Норвежское уголовное уложеніе, по отношенію къ преступникамъ, совершившимъ нѣсколько перечисленныхъ въ законѣ тяжкихъ преступленій или покушеній на оныя, разрѣшаетъ суду предложить присяжнымъ вопросъ, не должны ли эти преступники, въ виду свойствъ ихъ дѣянія, мотивовъ и характера своихъ, разсматриваться, какъ особенно опасные. Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, приговоръ можетъ опредѣлить, что осужденный долженъ остаться въ тюрьмѣ до тѣхъ поръ, пока это будетъ признано нужнымъ, но не долѣе, какъ на срокъ, въ три раза превышающій срокъ наказанія, установленный приговоромъ, и во всякомъ случаѣ не долѣе, какъ на 15 лѣтъ по истеченіи этого срока. Конечно, эти сроки огромны, и они дѣйствительно придаютъ мѣрѣ безопасности характеръ неопредѣленный. Можетъ быть, здѣсь и кроется по крайней мѣрѣ одно изъ основаній, въ силу которыхъ это постановленіе норвежскаго уложенія такъ долго оставалось (а можетъ быть, и донынѣ остается) чисто академическимъ. Но все же срокъ максимальный есть, объ абсолютной неопредѣленности говорить не приходится.

Точно также и швейцарскій проектъ устанавливаетъ максимальный срокъ для лицъ этой категоріи: „По истеченіи 20 лѣтъ осужденный во всякомъ случаѣ долженъ быть освобожденъ“. Не слѣдуетъ забывать, что, по швейцарскому проекту 1908 г., Einweisung in eine Verwahrungsanstalt замѣняетъ Freiheitsstrafe, такъ что 20-тилѣтній срокъ является максимальнымъ срокомъ лишенія свободы вообще. Австрійскій проектъ допускаетъ для привычныхъ общеопасныхъ рецидивистовъ продолженіе лишенія свободы, по отбытіи наказанія, на срокъ не болѣе 10 лѣтъ.

Англійскій Prevention of Crimes Act допускаетъ для habitual criminals, по окончаніи срока отбытія каторжныхъ работъ, дальнѣйшее заключеніе подъ стражей на срокъ не ниже 5 и не свыше 10 лѣтъ.

Нѣмецкій Vorentwurf только удлиняетъ для лицъ этой категоріи срокъ заключенія въ цухтгаузѣ. И только Gegenentwurf, § 98, предоставляетъ мѣстному полицейскому установленію опредѣлять срокъ заключенія и время освобожденія безъ всякаго предѣла. Гарантіей является право періодическаго, черезъ каждые 2 года, требованія судебнаго разсмотрѣнія и рѣшенія. Въ своемъ докладѣ берлинскому съѣзду нѣмецкой группы I. K. V., проф Миттермайеръ выставилъ соотвѣтствующій тезисъ: „...7. Идея по-

слѣдующаго предохранительнаго заключенія (Sicherungsnachhaft) даетъ, какъ преимущество, возможность устанавливать безусловно здѣсь необходимые неопредѣленные сроки и досрочное освобожденіе". И проф. фонъ-Листъ въ преніяхъ энергически отстаивалъ эту точку зрѣнія: „Мы должны держать этихъ людей столько, сколько понадобится—эвентуально пожизненно". XXVIII-ой съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ въ Килѣ въ 1906 г., послѣ оживленныхъ преній, принялъ, какъ извѣстно, тезисъ, предложенный проф. Kahl: „Къ общеопаснымъ и рецидивирующимъ преступникамъ привычки, независимо отъ наказанія, можетъ быть примѣнено Sicherungsnachhaff на неопредѣленный срокъ". Предложеніе проф. Gerland вычеркнуть слова „von unbestimmter Dauer"—было отвергнуто. И по всей вѣроятности на съѣздѣ I. K. V. въ Копенгагенѣ этотъ вопросъ окажется однимъ изъ центральныхъ, по которому придется и высказаться и голосовать.

Я высказываюсь противъ принятія здѣсь неопредѣленныхъ сроковъ по слѣдующимъ основаніямъ.

а) Какъ это и доказывалъ на Juristentag'ѣ въ Килѣ одинъ изъ докладчиковъ, Dr Högel, еще не найдено способа такъ организовать die sichernde Nachhaft, чтобы она представляла сколько-нибудь чувствительное отличіе отъ Zuchthaus, вообще отъ тяжкихъ видовъ лишенія свободы.

При такихъ условіяхъ подъ маской „unbestimmte Sicherungsmassnahme" вводится, по существу, „unbestimmte Strafe". И на съѣздѣ нѣмецкой группы въ Берлинѣ 1912 г. проф. Листъ откровенно признался: „Если мы хотимъ достигнуть этой цѣли, т. е. держать въ заключеніи столько времени, сколько нужно, то сегодня мы можемъ этого достигнуть только тѣмъ путемъ—и здѣсь съ нашей стороны есть нѣкоторая неискренность,—если мы скажемъ: ну, прекрасно, назовите это Sichernde Massnahmen, назначьте сперва наказаніе съ опредѣленнымъ срокомъ, а вслѣдъ затѣмъ предохранительное заключеніе, не имѣющее опредѣленнаго срока". И дальше: „Неопредѣленныхъ приговоровъ мы пока не добьемся, неопредѣленныхъ по сроку мѣръ охраны можемъ добиться".

При всемъ уваженіи къ научному значенію Листа и его огромному таланту, мы не можемъ не сказать, что подобное разсужденіе не соотвѣтствуетъ ни серьезности вопроса, ни достоинству тѣхъ, отъ кого зависитъ то или иное рѣшеніе. Неужели въ самомъ дѣлѣ весь споръ имѣетъ только терминологическое значеніе? Неужели все разногласіе сводится къ тому, какъ мы назовемъ ту или дру-

гую мѣру, сущность которыхъ остается одной и той же? И наконецъ, неужели противники неопредѣленныхъ наказаній такіе наивные люди, что ихъ можно переубѣдить измѣненіемъ номенклатуры? Я думаю, что это не такъ, и что одинаково приходится возражать какъ противъ наказаній съ неопредѣленнымъ срокомъ, не ограниченнымъ никакимъ максимумомъ, такъ и противъ sichernde Massnahme, могущей быть продолженной до безконечности. И я думаю, что слѣдуетъ опредѣленно и ясно сказать: принятіе unbestimmte sichernde Massnahmen есть въ то же самое время санкціонированіе и unbestimmte Strafen. Кто противъ послѣднихъ, тотъ логически долженъ быть и противъ первыхъ, поскольку рѣчь идетъ не о лицахъ полувмѣняемыхъ, къ которымъ примѣняется своего рода assistance forcée, а о рецидивистахъ привычныхъ и общеопасныхъ.

б) Именно по отношенію къ такимъ рецидивистамъ неопредѣленность срока потому опасна, что нѣтъ и не можетъ быть никакихъ точныхъ критеріевъ, которые бы сколько-нибудь убѣдительно могли дать отвѣтъ на вопросъ о томъ, устранена ли общеопасность. Алкоголикъ можетъ выздоровѣть, нищій профессіональный можетъ научиться ремеслу и полюбить его, бродяга можетъ привыкнуть къ постоянному мѣстожительству, но въ чемъ внѣшнемъ можетъ выразиться перемѣна, когда рѣчь идетъ о привычномъ рецидивистѣ? Ясное дѣло, что по отношенію къ нему всегда останется тенденція—возможно дольше не выпускать его на волю, и въ огромномъ большинствѣ случаевъ „неопредѣленная" sichernde Massnahme въ примѣненіи къ нему превратится въ пожизненную. Это будетъ равносильно чрезмѣрному повышенію репрессіи, для котораго въ данный моментъ нѣтъ ни повода ни основанія.

Я полагаю, слѣдовательно, что неопредѣленность срока, упоминаемая въ протоколѣ засѣданія des erweiterten Hauptvorstandes, должна быть, по отношенію къ той группѣ преступниковъ общеопасныхъ, о которой мы здѣсь говоримъ, ограничена принятіемъ извѣстнаго максимума. Каковъ будетъ размѣръ его—это вопросъ, зависящій отъ особенностей каждаго даннаго законодательства, но общимъ образомъ можно сказать, что размѣръ этотъ будетъ колебаться между 5 и 10 годами.

Мнѣ казалось бы желательнымъ, чтобы конгрессъ особенно внимательно остановился на этой сторонѣ вопроса, и потому я хотѣлъ бы формулировать ее въ особомъ тезисѣ, который я выразилъ бы такъ: мѣры безопасности, примѣняемыя къ общеопаснымъ рециди-

вистамъ, должны быть ограничены извѣстнымъ максимальнымъ срокомъ, по истеченіи котораго лицо, подвергнутое этимъ мѣрамъ, во всякомъ случаѣ должно быть выпущено на свободу, причемъ срокъ этотъ не долженъ быть настолько великъ, чтобы фактически обращать мѣру въ пожизненную.

Къ этому нужно прибавить еще нѣсколько замѣчаній, связанныхъ съ предположеніемъ возможности, что къ привычнымъ рецидивистамъ будетъ примѣняема, по отбытіи ими наказанія, ссылка въ той или другой формѣ (что предусматривается въ упомянутомъ неоднократно протоколѣ). Эта мѣра можетъ быть, конечно, пожизненной, но тогда пожизненность будетъ однимъ изъ ея законныхъ признаковъ, не завися ни отъ поведенія преступника, ни отъ усмотрѣнія администраціи. Не входя здѣсь въ разсмотрѣніе вопроса о ссылкѣ вообще, я только замѣчу, что если для тѣхъ элементовъ, которыми мы здѣсь занимаемся, ссылка рекомендуется съ особенной настойчивостью (напр., во Франціи) ради очищенія метрополіи, то именно эти элементы менѣе всего пригодны для того вида ссылки, который всего энергичнѣе рекомендуется, для ссылки колонизаціонной. Это настолько понятно, что не требуетъ особыхъ доказательствъ. Во всякомъ случаѣ, нельзя отрицать тотъ фактъ, что ссылка—институтъ вымирающій, что исторія его въ рядѣ государствъ уже закончена, и что онъ имѣетъ мало шансовъ на возрожденіе и распространеніе.

Что касается, затѣмъ, самой организаціи тѣхъ учрежденій, о которыхъ идетъ рѣчь, то было бы, конечно, безполезно на международномъ конгрессѣ касаться ея сколько-нибудь детально. Это вопросъ практическаго опыта, могущій быть различно разрѣшаемъ въ разныхъ государствахъ, въ зависимости отъ общаго уровня карательной системы, наличныхъ средствъ, наличности или отсутствія подходящаго персонала и проч. Здѣсь мы можемъ коснуться нѣкоторыхъ принципіальныхъ общихъ сторонъ.

Основными элементами, необходимыми для „sichernde Massnahmen", принимаемыхъ по отношенію къ рецидивистамъ, являются: лишеніе свободы и принудительный трудъ. Эти элементы сближаютъ мѣры безопасности съ мѣрами карательными, такъ какъ они общи тѣмъ и другимъ. Но самое свойство задачъ, преслѣдуемыхъ мѣрами безопасности, предполагаетъ извѣстное различіе въ ихъ режимѣ. Онъ долженъ быть индивидуальнѣе и мягче тюремнаго режима. Элементъ страданія и лишенія долженъ быть доведенъ до минимума. Дисциплина должна быть, конечно, строгой,

но предѣлы дисциплинарныхъ наказаній—уже. Возможность общенія съ внѣшнимъ міромъ должна быть увеличена. Въ высокой степени желательна организація внѣшнихъ работъ, земледѣльческихъ и т. п. И наконецъ, право условнаго освобожденія должно быть поставлено возможно шире. Здѣсь возможны, притомъ, довольно разнообразныя комбинаціи относительной свободы съ обязанностью соблюдать извѣстныя требованія, напримѣръ, возвращенія на ночь и т. п. Въ основѣ всегда должно лежать сознаніе, что отбытіемъ наказанія виновный уплатилъ свой долгъ обществу, и что идейное различіе между мѣрами безопасности и наказаніемъ должно быть по возможности воплощаемо въ реальныхъ формахъ.

III.

Наконецъ, третій вопросъ: какое учрежденіе постановляетъ о назначеніи и прекращеніи мѣръ безопасности?

Здѣсь необходимо прежде всего коснуться возможной роли присяжныхъ, такъ какъ дѣла о привычныхъ рецидивистахъ по общему правилу будутъ подлежать ихъ компетенціи. Мы уже видѣли, что по норвежскому уголовному уложенію вопросъ о наличности опаснаго состоянія долженъ быть поставленъ присяжнымъ, и только въ случаѣ утвердительнаго ихъ отвѣта судья можетъ принимать тѣ или другія мѣры. Спрашивается: желательно ли принятіе такого порядка, какъ общаго правила?

Цѣль, которая здѣсь преслѣдуется, совершенно ясна: предполагается создать извѣстную гарантію для подсудимаго, и въ требованіи вердикта присяжныхъ усматривается такая гарантія. Имъ, представителямъ общества, естественнѣе всего предоставить отвѣтъ на вопросъ: является ли данный субъектъ угрозой для общества, нужны ли по отношенію къ нему особыя предохранительныя мѣры? Формулировка этого вопроса не представляетъ никакихъ затрудненій: доказано ли, что въ отношеніи къ обвиняемому имѣются налицо такія-то условія (напр., что онъ въ такіе-то года отбылъ такія-то наказанія и въ настоящее время является преступникомъ привычнымъ, представляющимъ опасность для правопорядка)? Если такой вопросъ долженъ быть поставленъ, то онъ, очевидно, долженъ явиться результатомъ судебнаго изслѣдованія. Это вызываетъ необходимость расширенія рамокъ судебнаго изслѣдованія, заблаговременное указаніе на предстоящую поста-

новку вопроса объ общеопасности, привлеченіе экспертизы. Нѣкоторые писатели (въ Россіи—проф. Люблинскій), не довольствуясь приведеннымъ, желали бы предоставить суду право устранять, по единогласному рѣшенію, часть вердикта, касающуюся признанія опаснаго состоянія. Едва ли, однако, такое предложеніе можетъ быть принято и едва ли оно имѣло бы какое бы то ни было практическое значеніе.

Утвердительный вердиктъ присяжныхъ не долженъ, однако, вызывать обязательное примѣненіе мѣръ безопасности. Не слѣдуетъ забывать, что, по идеѣ своей, эти мѣры—въ примѣненіи къ рецидивистамъ—имѣютъ смыслъ только постольку, поскольку само наказаніе не достигло своей цѣли.

Къ рецидивисту примѣняется долгосрочное наказаніе. Какъ бы ни былъ неблагопріятенъ прогнозъ, основанный на прошломъ, онъ не можетъ заранѣе съ увѣренностью предсказать результаты будущаго. Возможно, что по отбытіи наказанія для рецидивиста окажется измѣненной и та внѣшняя обстановка, въ которую онъ вернется, и притомъ измѣненной въ благопріятномъ смыслѣ. Не явится ли при такихъ условіяхъ примѣненіе дополнительной Sicherungsmassnahme совершенно излишней жестокостью? Конечно, всѣ эти вопросы не возникаютъ, если принять ту систему, противъ которой возражаетъ настоящій докладъ, т. е. замѣну карательной мѣры мѣрой предохранительной. Но мы защищаемъ другую систему, систему послѣдовательнаго примѣненія сперва наказанія, потомъ Sicherungsmassnahme, восполняющей недостаточное наказаніе. Отсюда ясно, что если наказаніе окажется достигшимъ своей цѣли, примѣненіе Sicherungsmassnahme придется признать совершенно безполезнымъ. Такимъ образомъ, постановленіе суда, разсматривающаго дѣло по существу, должно быть факультативнымъ. На этотъ путь всталъ и австрійскій Vorentwurf, принявшій (§ 38) такую систему: судъ въ приговорѣ устанавливаетъ допустимость послѣдующаго за отбытіемъ наказанія задержанія и затѣмъ, на основаніи результатовъ отбытія наказанія, рѣшаетъ, можетъ ли наказанный быть освобожденъ, или же онъ долженъ быть, въ виду длящейся его общеопасности, помѣщенъ въ особое учрежденіе или въ особое отдѣленіе карательнаго учрежденія. Къ этому порядку, какъ я думаю, нужно сдѣлать только одну поправку, не только практическую, но и принципіальную.

Не подлежитъ сомнѣнію, что уже въ настоящую минуту на государственные органы, исполняющіе наказаніе, возложено мно-

жество такихъ задачъ, о которыхъ раньше, лѣтъ 20—30 назадъ, не было и рѣчи. Эти задачи находятся въ тѣсной связи съ измѣненіемъ самаго взгляда на преступленіе и наказаніе. Карательный аппаратъ сталъ и сложнѣе и тоньше, функціи его сдѣлались разнообразнѣе. Исполнители наказанія сталкиваются съ вопросомъ о психологической оцѣнкѣ преступника, такъ какъ отъ этой оцѣнки зависитъ принятіе тѣхъ или другихъ мѣръ. Въ частности, такая всесторонняя оцѣнка требуется для рѣшенія вопроса о томъ, нужны ли въ данномъ случаѣ предохранительныя мѣры или нѣтъ.

Въ своемъ превосходномъ очеркѣ, помѣщенномъ въ ZSfrw, XXXII, проф. Aschaffenburg по этому поводу высказываетъ мнѣніе, которое мы приводимъ для того, чтобы всецѣло подъ нимъ подписаться.

„Представляются ли чины тюремной администраціи надлежащей инстанціей для разрѣшенія вопроса объ освобожденіи арестантовъ? Я думаю, что нѣтъ. У многихъ изъ нихъ нѣтъ способности оцѣнивать людей. И мнѣ представляется въ высокой степени рискованнымъ влагать въ ихъ руки судьбу преступниковъ съ одной стороны, судьбу общества—съ другой". И авторъ предлагаетъ особыя комиссіи (Strafanstaltskommissionen), которыя бы рѣшали всѣ вопросы, касающіеся досрочнаго освобожденія, помилованія, отпусковъ.

Совершенно правильно Aschaffenburg далѣе указываетъ, что еще не найдена наилучшая форма для устройства такихъ комиссій. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, примыкая къ воззрѣніямъ, высказаннымъ Freudenthal'емъ въ его статьѣ объ unbestimmte Verurteilung въ Vergl. Darstellung, Allg. Teil. III, S. 302, онъ устанавливаетъ три основныхъ требованія. Разсматриваемое учрежденіе не должно быть слишкомъ громоздко. Въ него должно входить приблизительно 6 членовъ (начальникъ мѣста заключенія, судья, представитель прокуратуры, духовное лицо, врачъ, представитель общества—патроната). Оно должно пользоваться довѣріемъ. Члены его должны имѣть возможность посѣщать тюрьму и знакомиться съ заключенными.

Едва ли есть надобность или даже возможность для международнаго конгресса входить въ болѣе подробныя детали по вопросу объ организаціи этихъ коллегій смѣшаннаго—полусудебнаго, полуадминистративнаго характера. Осуществленіе той или другой формы зависитъ отъ условій, различныхъ въ разныхъ го-

сударствахъ. Но принципіально важнымъ я считаю отдѣленіе функцій, присвоенныхъ этимъ коллегіямъ, отъ функцій уголовнаго правосудія, ввѣренныхъ уголовному суду. Въ этомъ отношеніи я считаю достаточнымъ сослаться на мысли, высказанныя въ докладѣ моемъ съѣзду русской группы I. K. V. въ Москвѣ 1910 г. напечатанномъ въ Mitteilungen der I. K. V., XVII, 2. Мысли эти вытекаютъ изъ того принципіальнаго различія, которое я усматриваю между наказаніемъ и мѣрами охраны и которое вызываетъ необходимость различныхъ органовъ для ихъ примѣненія, различныхъ точекъ отправленія, различныхъ условій и—вполнѣ соотвѣтственно и справедливо—различной оцѣнки общественнымъ мнѣніемъ тѣхъ и другихъ мѣръ.

Резюмируя сказанное, я полагаю, что судъ, разсматривающій дѣло о привычномъ рецидивистѣ, отвѣчающемъ требованіямъ sub 3, долженъ на, основаніи данныхъ расширеннаго судебнаго изслѣдованія, предложить присяжнымъ вопросъ о томъ, признаютъ ли они наличность сказанныхъ условій; при утвердительномъ отвѣтѣ судъ постановляетъ, что по отбытіи подсудимымъ наказанія, вопросъ о дальнѣйшихъ мѣрахъ безопасности будетъ по отношенію къ нему поставленъ и рѣшенъ особою комиссіею по исполненію наказаній; составъ этой комиссіи долженъ включать представителей тюремной администраціи, судебнаго персонала прокуратуры, врача, духовное лицо и представителя общества.

Нельзя, разумѣется, лишать заинтересованное лицо права обжаловать рѣшеніе проектируемой коллегіи. Но если допускать обжалованіе по существу, т. е. жалобы, утверждающія, напр., что отбывшій наказаніе не заслуживаетъ примѣненія къ нему Sicherungsmassnahme, что онъ исправился и т. п., то пришлось бы создать вторую инстанцію, болѣе компетентную въ рѣшеніи этихъ вопросовъ. Такую инстанцію, однако, создать невозможно, такъ какъ уже первой инстанціей исчерпаны всѣ элементы, могущіе быть использованными для сужденія о личности преступника. Нечего и говорить, что кромѣ того создалась бы безконечная процедура и что едва ли хотя бы одно рѣшеніе первой инстанціи оставалось бы необжалованнымъ.

Но жалобы формальнаго характера не могутъ, конечно, не быть допущены, такъ какъ возможны формальныя нарушенія при принятіи рѣшеній: коллегія можетъ быть не въ надлежащемъ составѣ, рѣшеніе можетъ быть постановлено безъ соблюденія установленныхъ въ законѣ условій. Для разсмотрѣнія таких формаль-

*

ныхъ жалобъ нѣтъ никакой надобности создавать спеціальные органы: коллегіальный судъ первой инстанціи является для этой цѣли вполнѣ достаточнымъ.

Для обезпеченія интересовъ тѣхъ лицъ, къ которымъ должны примѣняться sichernde Massnahmen, и для придачи имъ большей подвижности и жизненности, необходимы еще два условія:

a) Слѣдуетъ не только допускать, но и сдѣлать обязательнымъ періодическій пересмотръ постановленій, принятыхъ по отношенію къ лицу, подвергнутому предохранительному заключенію (Verwahrung). Этотъ пересмотръ могъ бы имѣть мѣсто, скажемъ, каждые два года. Въ основаніе его долженъ былъ бы быть положенъ докладъ администраціи der Verwahrungsanstalt, а въ результатѣ могло бы быть принято рѣшеніе объ условномъ или окончательномъ освобожденіи des Verwahrten.

b) Должно быть допускаемо въ широкихъ предѣлахъ условное досрочное освобожденіе, по прошествіи извѣстнаго минимальнаго срока—отъ 6 мѣс. до 1 года, въ зависимости отъ первоначальнаго постановленія. Нарушеніемъ условій освобожденія должно быть признано какъ совершеніе новаго преступленія, такъ и другія дѣйствія освобожденнаго (его образъ жизни и т. п.), свидѣтельствующія о томъ, что онъ попрежнему является опаснымъ для общества. Въ первомъ случаѣ возвращенію въ Verwahrungsanstalt должно предшествовать отбытіе наказанія за новое преступленіе, во второмъ—прямо примѣняется возвращеніе въ Verwahrungsanstalt.

Пренія по докладу открылъ *Е. М. Кулишеръ.* Вопросъ о различныхъ группахъ опасныхъ преступниковъ прежде, чѣмъ перейти на дѣловую, практическую почву, пережилъ свою Sturm- und Drangperiode. Пришлось раньше бороться противъ совершенно иныхъ проектовъ, нежели тѣ, которые теперь выдвигаются. Тогда казалось, что рушится все зданіе уголовнаго правосудія и притомъ наиболѣе свѣтлая, лучшая часть его. Противъ „опасности", какъ общаго понятія, возстали тѣ, кто заботился о возможно большемъ огражденіи правовыхъ интересовъ лицъ, соприкасающихся съ карательнымъ механизмомъ. Опасность — самое понятіе это опасно, говорили мы, ибо оно неминуемо влечетъ за собою недостаточную охрану личной свободы. И, надо сказать, побѣда одержана тѣми, кто своевременно забилъ тревогу. Вмѣсто первоначальнаго

расплывчатаго понятія опасности, мы имѣемъ нынѣ дѣло съ ясно очерченными понятіями и опредѣленной формулировкой отдѣльныхъ категорій общеопасныхъ преступниковъ. Выдѣленіе и особое разсмотрѣніе одной изъ такихъ группъ рецидивистовъ — тема представленнаго намъ сегодня доклада. И поскольку въ докладѣ проведено это выдѣленіе опредѣленной группы изъ общаго расплывчатаго понятія, мы привѣтствуемъ докладъ. Мнѣ представляется только, что это отграниченіе проведено ужъ слишкомъ рѣзко. На практикѣ мы встрѣчаемся не съ чистыми, а съ перекрещивающимися группами. Въ одномъ и томъ же индивидуумѣ—и алкоголикъ, и привычный преступникъ, и тунеядецъ, и рецидивистъ и даже слабоумный. Когда вы говорите о рецидивистѣ, вы всегда будете имѣть и другіе признаки: онъ рецидивистъ, потому что тунеядецъ, и т. д. А между тѣмъ, чрезмѣрное подчеркиваніе особыхъ отграничительныхъ признаковъ не можетъ не отразиться и на формулировкѣ тезисовъ. Такъ, напримѣръ, въ тезисѣ 4-мъ докладчикъ считаетъ нужнымъ изъять политическихъ преступниковъ изъ-подъ дѣйствія мѣръ безопасности; иначе говоря, докладчикъ устанавливаетъ принятіе этихъ мѣръ въ отношеніи рецидивистовъ, какъ принципъ, и дѣлаетъ изъ него лишь нѣкоторыя изъятія, особо имъ перечисляемыя. Мнѣ думается, что правильнѣе было бы перечислить, наоборотъ, тѣ категоріи, къ которымъ мѣры безопасности примѣнимы, освободивъ отъ такихъ мѣръ всѣхъ въ перечень не вошедшихъ преступниковъ. Въ подтвержденіе правильности моей точки зрѣнія сошлюсь на соображеніе, высказанное Ванъ Гаммелемъ на Брюссельскомъ конгрессѣ. Говоря объ опасности, указываетъ онъ, нужно имѣть въ виду не только степень, но и видъ ея, т. е. какому благу она угрожаетъ, важному ли или, наоборотъ, менѣе существенному. Соотвѣтственно этому и мѣры борьбы съ угрожающей опасностью, мѣры соціальной защиты, могутъ быть принимаемы лишь въ отношеніи рецидивистовъ, посягающихъ именно на опредѣленныя, особо важныя блага. Но къ тому же выводу можно придти также и при помощи иныхъ соображеній. Говоря о мѣрахъ безопасности, мы имѣемъ въ виду воздѣйствіе на опредѣленныя свойства личности преступника; но только при указаніи опредѣленныхъ категорій преступленій мы можемъ установить и опредѣленныя свойства, противъ которыхъ нужно бороться. Докладчикъ указалъ на политическія преступленія, какъ такія,

при которыхъ о мѣрахъ безопасности говорить не приходится; конечно, на ряду съ ними слѣдовало бы указать и преступленія религіозныя. Но есть и другія преступленія, при которыхъ принятіе мѣръ безопасности было бы нецѣлесообразно, хотя делинквенты и не стоятъ на такой моральной высотѣ, какъ лица, совершившія преступленіе политическое или религіозное (напр., контрабанда). Не могу согласиться и съ положеніемъ, изложеннымъ въ тезисѣ 6-мъ, согласно которому мѣра безопасности всегда примѣняется послѣ отбытія наказанія. Если это правильно въ отношеніи тѣхъ случаевъ, когда свойства личности преступника сразу установить нельзя, то такой порядокъ недопустимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда при назначеніи наказанія знаешь уже, съ кѣмъ имѣешь дѣло; несправедливо было бы въ этихъ случаяхъ сперва наказать, а потомъ примѣнить мѣры безопасности. Вѣдь моральное оправданіе такихъ мѣръ не только въ томъ, что онѣ предпринимаются въ огражденіе интересовъ общества, но что онѣ и въ интересахъ подсудимаго, ибо мы не должны ни на минуту забывать ту нынѣ уже старую истину, что въ преступленіи общество повинно не менѣе, чѣмъ преступникъ; не въ меньшей, если не въ большей мѣрѣ общество повинно и при рецидивѣ. Не схожусь я съ В. Д. Набоковымъ и въ вопросѣ о томъ, какимъ органамъ должно быть поручено наблюденіе за примѣненіемъ мѣръ безопасности; я не раздѣляю предпочтенія, которое докладчикъ отдаетъ особо организованнымъ для того административнымъ учрежденіямъ передъ органами судебными. Какими чертами долженъ обладать такой органъ? Онъ долженъ быть, съ одной стороны, органомъ компетентнымъ въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ вопросахъ, онъ долженъ, съ другой стороны, обезпечить максимумъ гарантій правъ личности. И тѣмъ и другимъ свойствомъ менѣе всего будутъ обладать тѣ смѣшанные судебно-административные органы, которые предлагаетъ учредить докладчикъ. Вѣдь прибавьте къ предлагаемымъ докладчикомъ членамъ этой коллегіи еще губернатора или предводителя дворянства, и вы получите тѣ хорошо знакомыя судебно-административныя присутствія, которыя—и не судъ, и не администрація. И не только въ русскихъ условіяхъ, но и въ западно-европейскихъ такіе органы не будутъ отвѣчать своему назначенію. Если принять во вниманіе, что всѣ указанныя въ перечнѣ лица чрезвычайно обременены своими прямыми обя-

занностями, то мы заранѣе можемъ предсказать, что фактически всѣ вопросы будутъ рѣшаться властью одного лица, а комиссія будетъ фикціей. Такой составъ, далѣе, не гарантируетъ намъ ни практическаго знакомства съ дѣломъ, ни охраны правъ личности. Учрежденіе такой комиссіи было бы равносильно тому, чтобы въ гражданскомъ судѣ, вмѣсто существующаго порядка, при которомъ коллегія судей выслушиваетъ и критически оцѣниваетъ заключеніе экспертовъ, учредить коллегію изъ юристовъ и экспертовъ, совмѣстно рѣшающихъ всѣ вопросы. Это будетъ суммированіе недостатковъ безъ соединенія достоинствъ. Я полагаю, что правильнѣе распредѣлить обязанности по принятію новыхъ мѣръ между двумя органами: органомъ, проектирующимъ первоначально мѣры безопасности (тюремная администрація), и органомъ, провѣряющимъ дѣйствія перваго и постановляющимъ рѣшеніе, составленнымъ изъ не-спеціалистовъ (судебный органъ). Такъ оно дѣлается фактически уже теперь въ судѣ малолѣтнихъ и, насколько мнѣ извѣстно, никакихъ нареканій не вызываетъ. Только при такихъ условіяхъ будутъ ограждены и интересы общества и интересы личности. Если къ тому же контролирующая функція будетъ поручена тому же судебному органу, въ рукахъ котораго сосредоточатся всѣ опекунскія дѣла, то при такомъ порядкѣ будетъ и внѣшнимъ образомъ ярко выражена идея: assistance public не только въ интересахъ общества, но и въ интересахъ личности, впавшей въ преступленіе.

I. А. Шендзиковскій. Я давно не слышалъ такого интереснаго доклада, какъ сегодня, и если взялъ слово для возраженія, то только потому, что не могу согласиться съ 3-мъ тезисомъ докладчика, а именно—по вопросу о политическихъ преступникахъ. Въ Западной Европѣ никогда не проводилось такого рѣзкаго различія между политическими и уголовными преступниками, какъ это дѣлается у насъ еще со временъ декабристовъ. Политическое преступленіе, какъ и уголовное, есть не что иное, какъ дѣяніе, воспрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія; принципіально между ними никакого различія нѣтъ. Правда, эти преступленія имѣютъ измѣнчивый характеръ, въ зависимости отъ строя и эпохи: въ однихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло со стремленіемъ измѣнить автократическій строй, въ другихъ—преступное дѣйствіе направляется противъ республиканскаго строя. Но каждое государство при-

нимаетъ и должно принимать мѣры къ охранѣ существующаго правопорядка, и преступленіе заключается не въ той цѣли, которую ставитъ себѣ инако мыслящій, а въ средствахъ, имъ употребляемыхъ. Если оставить въ сторонѣ то обстоятельство, что и среди политическихъ преступниковъ возможны низкія личности, то все же не можетъ государство не принимать мѣръ противъ тѣхъ, кто не умѣетъ держать себя въ границахъ и избирать допустимыя средства къ достиженію своей цѣли; у Раскольникова цѣль прекрасная, только средства неподходящія. И исходя изъ этихъ соображеній, я прихожу къ выводу, что рѣзкое раздѣленіе преступниковъ на двѣ категоріи—политическихъ и уголовныхъ—едва ли правильно. Если можно понять историческое происхожденіе этого рѣзкаго разграниченія, если ему можно найти объясненіе въ томъ, что нѣкогда политическіе преступники вербовались изъ образованныхъ и даже высшихъ слоевъ населенія, то оно неумѣстно сейчасъ, когда кругъ ихъ расширился, захвативъ и совершенно необразованныхъ людей.

П. И. Люблинскій. Я позволилъ записать и себя въ число оппонентовъ, хотя серьезныхъ разногласій у меня съ В. Д. Набоковымъ нѣтъ: надъ взглядами, изложенными въ докладѣ, намъ пришлось много совмѣстно работать, и въ нынѣшней своей формулировкѣ они представляютъ среднюю различныхъ намѣчавшихся мнѣній. Однако, приходится все же высказаться по поводу отдѣльныхъ затронутыхъ вопросовъ, содержащихся въ тезисахъ 4, 7, и 8. Я не согласенъ съ тѣмъ, что криминалисту впервые теперь приходится встрѣчаться съ мѣрами безопасности. Развѣ ссылка на поселеніе послѣ каторги и полицейскій надзоръ не являлись издавна мѣрами безопасности? Теперь выдвигается лишь новая обрисовка ихъ въ видѣ возможности неопредѣленнаго удлиненія тюремнаго заключенія. Однако, слѣдуетъ ли видѣть въ этомъ удлиненіи ухудшеніе положенія преступника? Теперь нельзя утверждать, что тяжесть наказанія опредѣляется прежде всего его продолжительностью; во многихъ случаяхъ продолжительное детенированіе, но въ благопріятныхъ условіяхъ, представляется болѣе легкимъ, чѣмъ краткосрочное, но жестокое. Подвергая рецидивиста работному режиму при сносныхъ условіяхъ жизни, мы тѣмъ самымъ не причиняемъ ему какого-либо зла, а дѣлаемъ серьезную попытку къ его исправленію. Система опредѣленія момента опасности

въ особой комиссіи, намѣченная австрійскимъ проектомъ и принятая докладчикомъ, мнѣ не представляется удобной. Судьи, стороны и присяжные потратили много времени и труда, чтобы придти къ признанію преступника опаснымъ. Прошло немного времени, никакихъ новыхъ данныхъ для пересмотра вопроса объ опасности субъекта не имѣется, а комиссіи приходится заняться пересмотромъ. Да, кромѣ того, комиссія и не компетентна отмѣнять судебное рѣшеніе. Предпочтительнѣе американская система неопредѣленныхъ приговоровъ, когда освобожденіе зависитъ отъ рѣшенія постоянныхъ совѣтовъ, а суды не входятъ въ опредѣленіе срока; докладчикъ высказался противъ предложеннаго мною постановленія, дающаго коронным судьямъ право единогласнымъ рѣшеніемъ отвергать опасность преступника, установленную вердиктомъ присяжныхъ. Въ защиту своего предложенія я позволю сказать, что присяжные иногда могли бы поддаваться неправильнымъ идеямъ объ общественной безопасности, увлекаться. Контроль со стороны короннаго суда дастъ гарантіи устойчивости и однородности практики, чего не достигнуть при случайномъ составѣ присяжныхъ засѣдателей. Если теперь это право дается коронымъ судьямъ (по ст. 818) въ интересахъ невинности, то въ будущемъ его нужно распространить и на неправильное признаніе соціальной безопасности. Въ отношеніи тезиса 8-го я присоединяюсь къ соображеніямъ, высказаннымъ Е. М. Кулишеромъ. Мало указать, что понятіе соціальной опасности не примѣняется къ политическимъ преступленіямъ; нужно сказать, наоборотъ, къ какимъ преступленіямъ оно примѣнимо. Уголовное право реагируетъ на на рецидивъ, на опасныя склонности только въ области нѣкоторыхъ преступленій, преимущественно противъ личности и имущества. Поэтому въ законѣ слѣдуетъ ограничительно перечислить тѣ преступленія, при учиненіи которыхъ только и можетъ появляться понятіе опаснаго рецидивиста. Наконецъ, я позволю отвѣтить нѣсколько словъ проф. Шендзиковскому. Я думаю, что его замѣчанія основаны на смѣшеніи вопроса о наказуемости политическихъ преступленій съ вопросомъ о примѣнимости къ нимъ понятія опасности. Докладчикъ не провозглашалъ беззаконности этихъ преступленій, но онъ справедливо отмѣтилъ непримѣнимость здѣсь неопредѣленнаго критерія опасности. Границы воздѣйствія государства на своихъ

противниковъ должны быть строго очерчены правомъ, въ противномъ случаѣ здѣсь водворятся старые полицейскіе критеріи, столь близко всѣмъ намъ знакомые. Въ этой области допустимы мѣры пресѣченія и предупрежденія, но не мѣры безопасности въ обрисовкѣ, нынѣ намѣчаемой криминалистами. Въ заключеніе позвольте выразить пожеланіе, чтобы уважаемый В. Д. Набоковъ столь же блестяще могъ развить свои положенія на международномъ конгрессѣ союза криминалистовъ въ Копенгагенѣ, для котораго предназначенъ сегодняшній докладъ.

Докладчикъ *В. Д. Набоковъ.* Поскольку я могъ прослѣдить, болѣе или менѣе серьезныя разногласія возникли здѣсь по те-
3, 6, 7 и 8. Мнѣ было указано въ отношеніи 3-го тезисамъ
зиса, что въ жизни такого рѣзкаго разграниченія категорій не бываетъ. Но въ тезисѣ къ формальному признаку присоединяется и субъективная оцѣнка. Моя задача была выдѣлить опредѣленную группу. Конечно, въ жизни возможны такія скрещенія, о которыхъ говорилъ Е. М. Кулишеръ. И для этихъ случаевъ придется рѣшать, какая изъ мѣръ безопасности болѣе цѣлесообразна; напр., если рецидивистъ въ то же время и алкоголикъ, къ нему будетъ правильнѣе мѣру безопасности примѣнить безсрочную, до тѣхъ поръ, покуда не устранится патологическій признакъ. Однако, для устраненія произвола суда необходимо установить и формальный признакъ. Я согласенъ и съ тѣмъ, что въ законѣ предпочтительнѣе система перечня, чѣмъ указаніе изъятій; мѣры безопасности примѣняются во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда преступникъ проявляетъ такія-то свойства. Я выдѣлилъ политическія преступленія только потому, что хотѣлъ бы сдѣлать этотъ вопросъ предметомъ особаго обсужденія. Можно бы выдѣлить и религіозныя преступленія; но докладъ мой предназначенъ для международнаго конгресса, а на Западѣ какъ-то неловко говорить о религіозныхъ преступленіяхъ. Что же касается указанія проф. Шендзиковскаго, будто на брюссельскомъ конгрессѣ признано неправильнымъ разграниченіе между политическими и уголовными преступниками, то это недоразумѣніе. Наоборотъ, всѣми раздѣлялась точка зрѣнія Прэнса, что къ политическимъ, конечно, мѣры безопасности не примѣняются, и голосъ Миттермайера прозвучалъ одиноко. Я старался лишь обосновать этотъ общепризнанный взглядъ. Спеціальныя мѣры соціальной

защиты принимаются противъ опредѣленныхъ свойствъ характера преступника, и къ рецидивисту-политику онѣ совершенно не примѣнимы. Конечно, если онъ алкоголикъ или душевнобольной, противъ него будутъ приняты соотвѣтствующія мѣры, но не объ этомъ рѣчь идетъ. Да и нынѣ къ политическимъ преступникамъ примѣняются особыя мѣры, какъ custodia honesta и др. Мѣры соціальной защиты, насъ нынѣ занимающія, къ нимъ, конечно, не примѣнимы. Не могу согласиться съ тѣмъ возраженіями, которыя сдѣланы Е. М. Кулишеромъ противъ проектируемой мною въ тезисѣ 8-мъ коллегіи. Вѣдь это возраженія противъ всякой коллегіи, ибо во всякой коллегіи чувство отвѣтственности распыляется. П. И. Люблинскій добавилъ и другое возраженіе, сводящееся къ тому, что неправильно представлять этой коммисіи измѣнять или отмѣнять ту мѣру, которая была опредѣлена судомъ. Но вѣдь это величайшій формализмъ—лицо уже совершенно измѣнилось подъ вліяніемъ условій, а къ нему продолжаетъ примѣняться когда-то полезная, а нынѣ совершенно ненужная мѣра только потому, что когда то она была назначена ему судомъ. Отмѣна или измѣненіе мѣры не будетъ кассированіемъ вердикта присяжныхъ засѣдателей, ибо то, къ чему они стремились, уже достигнуто, и передъ нами уже совершенно другой субъектъ. Возможно, что въ нашихъ условіяхъ комиссіи эти не оказались бы на должной высотѣ, и вся работа и вмѣстѣ съ нею отвѣтственность сосредоточились бы въ рукахъ одного лица. Но, прежде всего, рѣчь идетъ о принципіальномъ рѣшеніи вопроса, при которомъ приходится игнорировать чисто мѣстныя и переходныя обстоятельства. Во-вторыхъ, мнѣ не совсѣмъ понятно, почему эти коммиссіи, если онѣ рѣшаютъ вопросъ о досрочномъ освобожденіи, не могутъ быть привлечены къ рѣшенію вопросовъ о мѣрахъ безопасности.

Предсѣдательствующій П. И. Люблинскій. Разрѣшите мнѣ отъ имени собранія выразить глубокую благодарность нашему уважаемому докладчику за его интересный докладъ.

Собраніе апплодисментами выражаетъ благодарность докладчику, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

18 февраля 1913 года.

Засѣданіе открылось въ 9 час. вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія Общества *М. М. Винавера*.

Предметомъ занятій служилъ докладъ *С. А. Бѣляцкина*: *„Устраненіе наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи“*.

Положенія доклада.

1. Прямое устраненіе наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи, воспрещенное сенатомъ въ рѣшеніи 1903 г. № 28 по дѣлу Гладилина, какъ нѣчто, чуждое русскому праву, на самомъ дѣлѣ вполнѣ соотвѣтствуетъ какъ историческому развитію русскаго завѣщательно-наслѣдственнаго права, такъ и дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ. Статьи закона, на которыя ссылается сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Гладилина (ст. 1026 и др. X т. I ч.), не имѣютъ отношенія къ вопросу объ эксгередаціи. Что институтъ прямого устраненія наслѣдника вполнѣ мирится съ юридической логикой и правосознаніемъ, подтверждаетъ судебная практика на континентѣ Европы и въ Англіи. Допущеніе прямого устраненія наслѣдника желательно и съ точки зрѣнія цивильной политики.

2. Устраненіе наслѣдника и право представленія. Такъ какъ прямое устраненіе наслѣдника (Ausschliessung aus der Erbfolge) есть замѣна одного законнаго наслѣдника другимъ, то относительно доли устраненнаго вопросъ обстоитъ такъ же, какъ при выбытіи законнаго наслѣдника. При устраненіи наслѣдника устраненный выбываетъ изъ ряда наслѣдниковъ такъ, какъ бы его вовсе не

было, и наслѣдство идетъ къ другимъ законнымъ наслѣдникамъ. При опредѣленіи этихъ другихъ наслѣдниковъ слѣдуетъ руководствоваться правилами о близости степеней, при чемъ нисходящіе устраненнаго могутъ наслѣдовать только тогда, если они являются единственными близкими наслѣдователю лицами, безъ „права представленія“.

Получивъ отъ предсѣдателя слово докладчикъ *С. А. Бѣляцкинъ* сообщилъ слѣдующее [1]):

I.

Авторитетъ рѣшеній сената силенъ не категорическимъ императивомъ, въ нихъ заключеннымъ. Когда сенатъ, давая принципіальное разъясненіе гражданскаго закона, вводитъ какое-либо исключеніе изъ общаго правила, изъятіе, стѣсненіе правъ, мы вправѣ думать, что передъ сенатомъ стояли либо соображенія, вытекающія изъ прямого смысла закона, либо какія-либо начала историческаго свойства, либо, наконецъ, серьезные мотивы общаго характера, диктующіе необходимость усвоенія такого или иного ограниченія свободы гражданской дѣятельности и гражданскихъ актовъ. Ни того, ни другого, ни третьяго нѣтъ на-лицо въ интересующемъ насъ случаѣ воспрещенія прямого устраненія наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи. Мы имѣемъ въ виду рѣшеніе сената 1903 г. № 28 по дѣлу Гладилина, въ которомъ сенатъ, поставивъ на свое обсужденіе вопросъ, „вправѣ ли завѣщатель устранить своего законнаго наслѣдника отъ наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ, никому незавѣщанномъ“, далъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если обратиться къ исторіи, то обнаружится, что ни одинъ указъ, ни одинъ законъ или казусъ не даютъ основанія заключить о недѣйствительности такъ называемаго отрицательнаго завѣщательнаго распоряженія, т. е. устраненія законнаго наслѣдника.

Русскій законодатель съ самыхъ раннихъ временъ и еще въ большей мѣрѣ, чѣмъ законодатель западно-европейскій, отстаивалъ

[1]) Докладъ въ большей своей части былъ напечатанъ въ „Вѣстникѣ Гражданскаго Права“, 1913 г. № 2.

точку зрѣнія свободы завѣщательныхъ распоряженій, при чемъ свобода понималась вовсе не въ смыслѣ права прямого только назначенія наслѣдника завѣщателемъ [1]). Въ актахъ позднѣйшаго времени, Императорской эпохи, оговаривается одно: чтобы родовое, „наслѣдственное“, имѣніе не шло мимо законнаго порядка, во всемъ остальномъ завѣщателю предоставляется полное усмотрѣніе, „свободная власть и воля“. Категорическихъ дозволеній завѣщателю исключать наслѣдника русское право не знало: въ Россіи не существовало органическихъ правилъ объ обязательномъ наслѣдованіи и обязательной долѣ для извѣстной категоріи близкихъ умершему лицъ, на подобіе того, какъ это имѣло мѣсто на Западѣ и въ римскомъ правѣ, почему русское законодательство и не нуждалось въ институтѣ спеціальной эксгередаціи [2]). Право устраненія наслѣдника само собой подразумѣвалось и выводилось изъ понятія о завѣщаніи, какъ актѣ свободной воли лица въ отношеніи его имущества, оставшагося послѣ его смерти. Ошибочно предполагать, что прежнее русское право требовало непремѣнно назначенія наслѣдника въ завѣщаніи (heredis institutio): никому это доказать не удалось. Насколько рѣчь шла объ имуществѣ, относительно кото-

---

[1]) О свободѣ завѣщательныхъ распоряженій упоминается въ договорахъ Олега съ греками, въ Русской Правдѣ и во всѣхъ позднѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ, до Уложенія Алексѣя Михайловича включительно. См. гл. 17 Уложенія. О томъ же говорятъ законодательные акты послѣ-петровскаго періода. См. указы 1726 г. іюля 19 и сентября 7, жалованной дворянству грамоты 1785 г. апрѣля 21 статья 22, того же числа Городового Положенія статья 88, именной Высочайшій указъ 29 мая 1804 г. по дѣлу помѣщицы Опочининой.

[2]) Въ виду того, что дѣла наслѣдственныя въ прежнія времена, до Петра Великаго, вѣдались на Руси духовенствомъ, примѣнявшимъ въ своихъ рѣшеніяхъ не только мѣстные законы, но и законы греко-римскіе, попадались отдѣльныя рѣшенія о воспрещеніи родителямъ обходить дѣтей въ завѣщаніи и постановленія о томъ, что родители не могутъ совершенно лишать своихъ дѣтей наслѣдства, входили даже въ сборники законовъ. Въ теченіе короткаго времени дѣйствія указа о единонаслѣдіи 1714 г. приходилось издавать не разъ постановленія о разрѣшеніи въ нѣкоторыхъ случаяхъ устранить прямого наслѣдника. Послѣ Петра Великаго, съ отмѣной указа о единонаслѣдіи и прочнымъ установленіемъ свѣтской юрисдикціи въ наслѣдственныхъ дѣлахъ, всякая тѣнь обязательнаго наслѣдованія и обязательной доли исчезла, какъ нѣчто, чуждое древне-русскимъ представленіямъ о правахъ завѣщателя. Попытка ввести обязательную долю, сдѣланная въ 60-хъ гг. прошлаго столѣтія гр. Блудовымъ, также окончилась неудачей.

раго разрѣшалось дѣлать завѣщательныя распоряженія, законъ требовалъ только наличности подлинной воли завѣщателя, форма выраженія этой воли законодателя не интересовала. Поэтому безразлично было, писалъ ли завѣщатель, что онъ передаетъ все имущество такому-то сыну, этимъ устраняя другого сына, или же прямо устранялся второй сынъ: не все ли равно? И въ томъ и въ другомъ случаѣ воля надлежащимъ образомъ обнаружена, и совершенно непонятно, по какимъ соображеніямъ прежняя практика отдавала бы предпочтеніе одной формулѣ передъ другой. Завѣщаніе всегда было объявленіемъ воли [1]). Воля завѣщателя могла касаться самыхъ разнообразныхъ предметовъ и была вполнѣ неограничена. Умирающій объявляетъ „завѣтъ", дѣлаетъ послѣдній расчетъ со своими мірскими отношеніями; объявляетъ по совѣсти, кто и что ему долженъ, кому и чѣмъ онъ самъ долженъ; принимаетъ мѣры для устроенія судьбы своего семейства, отпускаетъ рабовъ на волю, оставляетъ отказы, выражаетъ свое расположеніе или нерасположеніе и т. д. и т. д. [2]). Словомъ, завѣщатель назначаетъ, одаряетъ и устраняетъ [3]). Основной характеръ завѣщанія не былъ измѣненъ ни позднѣйшими указами, ни временными правилами о духовныхъ завѣщаніяхъ 1869 г., вошедшими въ X т. 1 ч.

Въ дѣйствующихъ гражданскихъ законахъ имѣется немало указаній на возможность любыхъ условій и распоряженій со стороны завѣщателя, лишь бы эти условія и распоряженія не были противны закону (1029 ст. X т. 1 ч., ст. 22 вре-

---

[1]) Указъ 8 октября 1814 г., помѣщенный подъ 1010 ст. X т. 1 ч.: „Поелику духовное завѣщаніе по самому существу своему не есть крѣпость, запись или другой актъ, законами на обязательства установленный, но только одно объявленіе воли, долженствующее воспріять силу и дѣйствіе свое не прежде, какъ послѣ смерти завѣщателя"... Эта мысль приведена и въ указѣ 18 сентября 1816 года, № 26454, значащемся подъ той же статьей 1010 т. X. ч. 1.

[2]) Ср. Побѣдоносцевъ, Курсъ, 2 ч., 1896 г., стр. 483. Неволинъ, Сочиненія, т. III, стр. 282.

[3]) Въ текстахъ дошедшихъ до насъ древне-русскихъ завѣщаній встрѣчаются иногда намеки на прямое устраненіе. Оставляя имущество данному лицу, завѣщатель (Илья Нестеровъ) прибавляетъ: „А братьямъ моимъ Василію, Алексѣю, Ивану большому, Ивану меньшому, и женамъ ихъ и дѣтямъ и сестрамъ моимъ и инымъ моимъ сродникамъ никому ни до чего дѣла нѣтъ и не вступатца и никакими дѣлы ни о чемъ не бить челомъ". См. Акты, относящіеся до юридическаго быта древней Россіи, изд. археологической комиссіи 1857 г., стр. 552.

менныхъ правилъ о дух. завѣщ.). Если въ X т. I ч. нѣтъ прямого дозволенія лишать наслѣдства, то это отнюдь не можетъ служить доводомъ въ пользу какихъ-либо ограничительныхъ толкованій. Въ этомъ отношеніи необходимо прежде всего принять во вниманіе казуальный характеръ постановленій X т. I ч. о наслѣдованіи. Какъ нормы X т. I ч., такъ и тѣ указы, на которыхъ онѣ основаны, говорятъ о надѣленіи, а не устраненіи, въ виду того, что первое чаще всего встрѣчается на практикѣ, но отсюда еще нельзя заключить, что только надѣленіе можетъ составлять предметъ завѣщанія. Съ другой стороны, упоминаніе о возможности лишенія наслѣдства едва ли даже необходимо при ясности самого принципа свободы завѣщательныхъ распоряженій въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ. Тѣ, которые утверждаютъ, что такое лишеніе недопустимо, должны доказать, что оно противорѣчитъ какому-либо закону. Между тѣмъ, всѣ попытки оперировать въ данномъ случаѣ съ закономъ оказываются обреченными на полную неудачу.

Такъ, приходится слышать аргументъ, что 1011 ст. X т. I ч. разрѣшаетъ завѣщать благопріобрѣтенное имущество или въ полную собственность, или же во временное владѣніе и пользованіе: стало быть—выводятъ отсюда—другія распоряженія, по общему правилу, не допускаются. На самомъ дѣлѣ 1011 статья, во избѣжаніе недоразумѣній и предположеній о томъ, что дозволяется завѣщать только въ собственность, разрѣшаетъ передавать путемъ завѣщаній менѣе широкія права. Завѣщая имущество, можно устанавливать въ лицѣ наслѣдника какъ собственность, такъ и одно владѣніе или пользованіе. Вотъ то, что говоритъ 1011 ст., ничего болѣе: ни въ какомъ случаѣ нельзя извлечь изъ этой статьи сакраментальный смыслъ о воспрещеніи устраненія.

Столь же мало убѣдительна ссылка на 1026 ст. X т. I ч., которую стремятся использовать противники института устраненія и по которой „имущества и лица, коимъ оныя завѣщаются, должны быть точно означены“. *Если* завѣщается опредѣленное имущество, если означены лица, какъ наслѣдники, то необходимо точное, безошибочное указаніе того и другого. Именно поэтому во второй части 1026 статьи указано: „Посему недѣйствительны завѣщанія, учиненныя съ очевидною ошибкою въ лицѣ или въ самомъ имуществѣ завѣщаемомъ“ [1]). Мысль вполнѣ ясная, къ вопросу о допустимости устраненія отношенія не имѣющая.

[1]) Примѣнительно къ этой статьѣ ошибка въ лицѣ устраненнаго также порождаетъ недѣйствительность устраненія.

Наконецъ, указываютъ на самое опредѣленіе завѣщанія какъ законнаго объявленія воли владѣльца о его имуществѣ на случай смерти (ст. 1010). Можно было бы привести много соображеній въ подтвержденіе того, что опредѣленіе, даваемое ст. 1010, какъ и другія законныя опредѣленія, совершенно неудовлетворительно, что законъ не возбраняетъ вводить въ завѣщаніе распоряженія и не-имущественнаго характера (назначеніе душеприказчиковъ, опекуна къ малолѣтнимъ дѣтямъ, завѣтъ о воспитаніи дѣтей въ томъ или иномъ учебномъ заведеніи, указанія, какъ хоронить и поминать завѣщателя и т. д.) [1]). Но дѣло въ томъ, что распоряженіе объ устраненіи того или другого законнаго наслѣдника отъ наслѣдованія есть въ концѣ концовъ именно распоряженіе въ имуществѣ: центръ тяжести здѣсь въ поставленіи наслѣдственнаго имущества въ извѣстное отношеніе (отрицательное) къ устраняемому лицу [2]).

Правительствующій сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Гладилина, чувствуя, очевидно, слабость позиціи отдѣльныхъ частей X т. 1 ч., пытается прибѣгнуть къ соображеніямъ общаго свойства, оправдывающимъ, по мнѣнію сената, недопустимость прямого лишенія наслѣдства.

Конечно, завѣщатель вполнѣ свободенъ въ своихъ распоряженіяхъ, разсуждаетъ правительствующій сенатъ. „Но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, чтобы завѣщатель воленъ былъ устранить своего законнаго наслѣдника отъ наслѣдованія даже въ томъ имуществѣ, которое не завѣщано никому. Это значило бы лишить наслѣдника принадлежащаго ему, въ силу закона, *самаго права наслѣдо-*

---

1) См. 227 и 1084 ст.ст., X т. I ч. Любавскій, Юридическія монографіи и изслѣдованія, т. 2, 1867 года, стр. 141.

2) По этой же причинѣ нельзя придавать рѣшающаго значенія ни мѣсту, занимаемому въ X т. I ч. главой о завѣщаніяхъ, ни тому, что, согласно прим. къ 699 ст. X т. I ч., завѣщаніе является однимъ изъ способовъ пріобрѣтенія правъ на имущество (Змирловъ. О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1883 г., кн. 10, стр. 78). Что удивительнаго въ томъ, что законъ трактуетъ о духовныхъ завѣщаніяхъ въ отдѣлѣ „О безмездномъ пріобрѣтеніи правъ на имущество“, если духовное завѣщаніе, содержитъ ли оно положительныя или отрицательныя распоряженія по имуществу, является одинаково актомъ имущественнаго свойства, и если устраненіе одного наслѣдника есть въ сущности безмездное надѣленіе другого. Страннымъ представляется этотъ доводъ о мѣстѣ, занимаемомъ отдѣломъ въ нашихъ гражданскихъ законахъ, особенно со стороны такого изслѣдователя, какъ г. Змирловъ,

ванія въ имуществѣ родственника, оставшемся внѣ завѣщательныхъ распоряженій". Приводя вскользь законъ о томъ, что лица, въ пользу которыхъ имущества завѣщаны, должны быть въ завѣщаніи „точно означены", т. е. все ту же пресловутую 1026 ст. X т. I ч., сенатъ далѣе замѣчаетъ: „Изъ *устраненія* завѣщателемъ законнаго наслѣдника нельзя выводить *догадки* о томъ, кого же, за такимъ устраненіемъ, завѣщатель хотѣлъ сдѣлать своимъ наслѣдникомъ... у завѣщателя, напр., имѣются сынъ и братъ, „устраненіе" сына отъ наслѣдства, безъ назначенія наслѣдникомъ брата, не можетъ сдѣлать послѣдняго наслѣдникомъ: онъ не есть наслѣдникъ ни по завѣщанію, ибо въ немъ таковымъ не указанъ, ни по закону, ибо братъ при сынѣ не наслѣдникъ. Или, напр., если бы завѣщатель сказалъ: „устраняю отъ наслѣдства всѣхъ своихъ родственниковъ", безъ назначенія наслѣдника изъ лицъ постороннихъ, какова была бы судьба такого имущества? Оно не стало бы выморочнымъ, ибо имущество становится выморочнымъ лишь тогда, когда наслѣдниковъ нѣтъ, но не тогда, когда наслѣдодатель повелѣлъ ихъ устранить".

Въ этихъ разсужденіяхъ правительствующаго сената каждое слово—недоразумѣніе. Прямо поразительно въ устахъ цивильнаго сената это указаніе на лишеніе „самаго права наслѣдованія". Гдѣ существуетъ у насъ такое самодовлѣющее, изначальное, такъ сказать, „право наслѣдованія", кого можно въ настоящее время убѣдить ссылками на это право? Разъ допускается отреченіе отъ наслѣдства, разъ мыслимо устраненіе косвенное отъ „самаго права наслѣдованія" путемъ назначенія другого наслѣдника, а законъ

который въ другихъ частяхъ той же статьи своей такъ ярко оттѣняетъ, полную безсистемность X т. I ч. Что касается прим. къ 699 ст., то оно представляетъ собой пережитокъ старины, когда по завѣщанію имущество укрѣплялось за наслѣдниками при жизни и когда завѣщаніе относилось поэтому къ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущество наряду съ другими актами. Такое положеніе вещей, продолжавшееся недолго, во всякомъ случаѣ радикально измѣнено, и въ настоящее время завѣщаніе есть уже не способъ пріобрѣтенія, совершаемаго принятіемъ наслѣдства, а только односторонній актъ распоряженія на случай смерти. Testamentum est voluntatis nostrae iusta sentetia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Если совершеніе завѣщанія обставляется особыми формальностями, то не потому вовсе, что въ немъ усматривается „чрезвычайный переходъ имущества", а по той причинѣ, что законъ заботится о неподдѣльности самой воли завѣщателя, чего бы таковая ни касалась.

знаетъ, хотя бы для опредѣленныхъ только мѣстъ, именно Черниговской и Полтавской губерній даже отреченіе родителей отъ своихъ дѣтей (ст. 167 т. X ч. 1), то, очевидно, что „самое право наслѣдованія“ въ отличіе отъ наслѣдственнаго права есть не что-то новое, неразгаданное, а просто безсодержательная фикція, ничего не говорящая ни уму, ни сердцу. И сколько надо неискренности, чтобы говорить о трудно разрѣшаемыхъ *догадкахъ* при устраненіи наслѣдника въ тѣхъ случаяхъ, на которые указываетъ сенатъ! Быть можетъ, найдутся такіе, которые въ приводимомъ сенатомъ примѣрѣ наличности у завѣщателя сына и брата и устраненія сына не „догадаются“, кто долженъ наслѣдовать имущество. Но вѣдь законъ писанъ не для туго понимающихъ людей, и тщетно отстаивать интересы этой категоріи лицъ...

Но вотъ—старается смутить насъ сенатъ—завѣщатель устранилъ сразу всѣхъ родственниковъ: какъ быть въ такомъ случаѣ? На это можно отвѣтить: имущество сдѣлается выморочнымъ, за отсутствіемъ наслѣдниковъ. Вполнѣ естественно, что если допускается устраненіе родственника, безъ какихъ-либо дальнѣйшихъ ограниченій, то можно, стало быть, лишить наслѣдства и всѣхъ родственниковъ (въ жизни такіе случаи бываютъ и вполнѣ мирятся съ житейской логикой, житейской правдой). Законъ (1162 ст. X т. I ч.) именно говоритъ о тѣхъ казусахъ, когда либо останутся наслѣдники, но никто изъ нихъ не явится въ теченіе указаннаго срока, либо „послѣ умершаго владѣльца не останется вовсе наслѣдниковъ“. При отреченіи всѣхъ наслѣдниковъ наступаетъ выморочность; тоже при устраненіи ихъ въ завѣщаніи. Только юридическія лица публичнаго права (казна и пр.) къ которымъ переходитъ по закону выморочное имущество, не могутъ быть устранены отъ наслѣдованія. Эти лица наслѣдуютъ силою закона, силою оффиціальнаго права; ихъ правомочія, насколько они опредѣлены въ законѣ, не могутъ быть измѣняемы частными актами, тѣмъ болѣе, что устраненіе и этихъ лицъ вело бы къ тому, что имущество могло бы стать безхозяйнымъ, чего законъ не допускаетъ [1]). Представители выморочныхъ правъ и суть, быть можетъ, тѣ „изначальные наслѣдники“, образы которыхъ рисовались сенату въ его размышленіяхъ о невозможности лишить того, что дано самимъ закономъ. Поэтому, заключаетъ ли завѣщаніе устраненіе одного наслѣдника или же всѣ родственники лишаются наслѣдства, распоряженіе одинаково

[1]) Ср. Bernhöft, Das Erbrecht, S. 102.

*

законно, и завѣщаніе по этой причинѣ недѣйствительнымъ счесть нельзя. Даже завѣщаніе, содержащее въ себѣ только устраненіе наслѣдника, безъ дальнѣйшихъ распоряженій о назначеніяхъ, подлежитъ утвержденію и исполненію наравнѣ съ другими завѣщательными актами (ст. 1066 т. X ч. 1) [1].

II.

Что распоряженіе объ устраненіи наслѣдника вполнѣ мирится съ юридической логикой и вытекаетъ изъ природы завѣщанія, какъ акта свободнаго распоряженія своимъ имуществомъ со стороны собственника, доказывается, между прочимъ, состояніемъ этого вопроса въ иностранныхъ законодательствахъ и иностранной судебной практикѣ, разсмотрѣніе которыхъ можетъ въ данномъ случаѣ дать немало поучительнаго цивилисту и судьѣ въ Россіи.

Наслѣдственное право Европы, вышедшее изъ нѣдръ римскаго

---

[1]) Самъ законъ знаетъ случай, когда завѣщаніе, не содержащее ни одного назначенія, тѣмъ не менѣе должно сохранить обязательную силу. Такъ, по 1566 ст. Улож. о нак. родителямъ предоставляется, по усмотрѣнію своему, въ духовномъ завѣщаніи объявить, что они прощаютъ виновныхъ дѣтей, вступившихъ въ бракъ противъ рѣшительнаго запрещенія родителей и потому лишаемыхъ по закону наслѣдованія въ имуществѣ родителя, котораго они оскорбили своимъ неповиновеніемъ. Въ случаѣ такого прощенія дѣти получаютъ вновь право наслѣдованія. Допустимъ, что родитель сочтетъ нужнымъ прибѣгнуть къ духовному завѣщанію, весь смыслъ котораго сведется къ тому, что виновный въ непослушаніи при вступленіи въ бракъ сынъ прощается родителемъ. Вправѣ ли судъ отказать въ утвержденіи такого завѣщанія и лишить тѣмъ сына наслѣдства, вопреки волѣ отца? Несомнѣнно, не вправѣ... Актъ прощенія въ данномъ случаѣ есть, въ силу закона, возстановленіе въ правахъ наслѣдованія. По существу же своему этотъ актъ— оборотная сторона „устраненія наслѣдника" въ завѣщательномъ распоряженіи, и если по закону содержаніемъ всего завѣщанія можетъ быть одно лишь „прощеніе", почему бы немыслимо было одно „устраненіе" въ завѣщаніи?

Достойно вниманія, что кромѣ г. Змирлова и сената, возможность прямого устраненія отвергъ у насъ Побѣдоносцевъ. Послѣдній, однако, высказывается въ столь категорической безапелляціонной формѣ, что едва ли можно серьезно учитывать его мнѣніе въ данномъ случаѣ. „Прямое лишеніе наслѣдства у насъ не допускается", заявляетъ этотъ изслѣдователь, не считая нужнымъ въ дальнѣйшемъ привести какое-либо даже обоснованіе этому утвержденію (Курсъ, 2, 1896 г., стр. 569). Противоположный взглядъ С. Б. Гомолицкаго въ „Журн. Мин. Юст.", 1903 г., № 5, стр. 216 и сл.

права, успѣло, какъ извѣстно, уйти далеко отъ своего образца, упростившись, освободившись отъ чисто формальныхъ конструкцій, снявъ съ себя путы древнихъ правовыхъ построеній. Вопросъ объ устраненіи наслѣдника путемъ завѣщательнаго распоряженія осложнился въ старомъ Римѣ подъ вліяніемъ двухъ взаимно противоположныхъ факторовъ. Съ одной стороны—полная свобода посмертныхъ распоряженій, не стѣсненная никакими ограничительными условіями: чего пожелаетъ гражданинъ—въ правѣ онъ въ завѣщаніи приказать относительно своего имущества и своихъ наслѣдниковъ—uti legasserit, ita jus esto (Lex XII tab.). Съ другой стороны—необходимость въ завѣщаніи, по крайней мѣрѣ, что касается формальнаго акта testamentum, указать наслѣдника, будущаго продолжателя юридической личности завѣщателя,—institutio heredis—къ которому переходитъ все имущество и даже права не-имущественнаго свойства, семейныя блага [1]).

Тестаментъ, въ которомъ отсутствовало назначеніе, былъ недѣйствителенъ; при указаніи наслѣдника послѣдній считался правопреемникомъ въ цѣломъ, хотя бы ему назначена была только часть, такъ что одновременнаго наслѣдованія и по завѣщанію и по закону не допускалось.

Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio [2]).

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Поэтому, если наслѣднику назначалось имущество, устраненіе другихъ представлялось безполезнымъ, одно же устраненіе безъ назначенія не достигало цѣли, ибо такое устраненіе не могло считаться завѣщаніемъ (testamentum).

Острыя послѣдствія этой древней системы сглаживались съ теченіемъ времени, съ развитіемъ культуры. Призванная гарантировать, между прочимъ, интересы родственниковъ, тѣснѣйшимъ образомъ связанныхъ съ наслѣдодателемъ, древне-римская система завѣщательнаго права и въ этомъ отношеніи не могла считаться удовлетворительной, такъ какъ завѣщатель все же вправѣ былъ

---

[1]) Нѣкоторыхъ близкихъ завѣщателю лицъ необходимо было либо назначить наслѣдниками, либо прямо устранить, но нельзя было обойти ихъ молчаніемъ.

[2]) См. Сальковскій. Основы системы и исторіи римскаго гражданскаго права, стр. 468.

лишить своихъ близкихъ наслѣдства упоминаніемъ о нихъ въ завѣщаніи, какъ устраненныхъ. Съ установленіемъ обязательной доли heredis institutio стала терять въ своемъ значеніи. Въ общегерманскомъ правѣ этотъ институтъ явился простымъ пережиткомъ, не соотвѣтствовавшимъ болѣе народнымъ воззрѣніямъ на наслѣдованіе.

Новѣйшія европейскія законодательства, сосредоточивъ вниманіе на обязательной долѣ, какъ на мѣрѣ, совпадающей съ представленіями общества о наслѣдственномъ и завѣщательномъ правѣ, признали завѣщателя, за предѣлами этой обязательной доли, свободнымъ въ его распоряженіяхъ, какъ относительно существа, такъ и относительно формы таковыхъ.

Наряду съ особыми правилами, ограничивающими власть завѣщателя при лишеніи обязательной доли,—все равно, прямомъ и косвенномъ (Enterbung),—введено было во многія законодательства, для предупрежденія всякаго сомнѣнія, правило о томъ, что устраненіе отъ наслѣдованія, когда оно допускается, можетъ произойти путемъ прямого о томъ распоряженія—Ausschliessung aus der Erbfolge.

Напротивъ, нѣкоторыя законодательства не сочли даже нужнымъ упомянуть объ этомъ, исходя изъ того, что такое устраненіе само собою вытекаетъ изъ существа завѣщательнаго права и не нуждается въ особомъ признаніи [1]).

По саксонскому уложенію для лишенія наслѣдства достаточно ясно выраженнаго намѣренія наслѣдодателя, хотя бы слова „лишеніе наслѣдства“ не были помѣщены и хотя бы другой наслѣдникъ не былъ назначенъ (ст. 2596). Еще болѣе категорично германское гражданское уложеніе, указывающее, что „наслѣдодатель можетъ по завѣщанію устранить отъ наслѣдованія по закону родственника или супруга, не назначая наслѣдника“ (ст. 1938) [2]).

[1]) По законамъ губерній прибалтійскихъ, подъ устраненіемъ отъ наслѣдства разумѣется заявленіе въ завѣщаніи, что тотъ, кому принадлежитъ право наслѣдованія по закону, исключается изъ онаго (ст. 2013). Иного устраненія, кромѣ прямого, прибалтійскіе законы не знаютъ, такъ что обходъ законнаго наслѣдника путемъ распредѣленія наслѣдства между другими лицами не допускается. См. разъясненія подъ 2013 ст. въ изданіи Буковскаго, Гражданскіе законы губерній прибалтійскихъ.

[2]) Относительно лишенія неотъемлемой доли (Pflichttheil) нисходящихъ родителей и супруга содержатся въ BGB особыя постановленія

Напротивъ, австрійское гражданское уложеніе, содержа постановленія (ст. 768 и слѣд.) о законныхъ условіяхъ для лишенія наслѣдства,—вѣрнѣе, обязательной доли,—такъ называемыхъ непремѣнныхъ наслѣдниковъ (Notherben), ничего не говоритъ объ устраненіи родственника и супруга безъ назначенія наслѣдника. Несмотря на это и несмотря на то, что завѣщательное распоряженіе опредѣляется въ австрійскомъ кодексѣ, подобно нашему закону, какъ распоряженіе, по которому наслѣдодатель предоставляетъ свое имущество или часть его, на случай смерти, одному или нѣсколькимъ лицамъ (ст. 552)—прямое устраненіе наслѣдника считается вполнѣ допустимымъ на почвѣ австрійскаго права, причемъ и здѣсь устраненіе наслѣдника уподобляется назначенію другого наслѣдника [1]).

Точно также и французской судебной практикѣ извѣстны частичное устраненіе наслѣдника и генеральное устраненіе всѣхъ наслѣдниковъ. Во второмъ случаѣ (exhéredation générale) наслѣдственное имущество поступаетъ въ пользу казны, въ первомъ—въ пользу неустраненныхъ наслѣдниковъ. Comme la jurisprudence moderne—замѣчаетъ по этому поводу Planiol—admet que la suc-

---

(ст. 2333). Объ этомъ и вообще объ устраненіи наслѣдника см. Bernhöft, op. cit., S. 100 ff, S. 191 ff, Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1912, B. II, S. 726, 763 f, 766. По мнѣнію Cosack'а (S. 767) не можетъ быть устраненъ отъ наслѣдованія только фискъ, который, по закону, не вправѣ и отрекаться отъ наслѣдства.

[1]) Unger, Das Oesterreichische Erbrecht, 1864. S. 128: „Der Erblasser, der eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge ausschliesst, erklärt hiermit, dass zwar die übrigen vom Gesetz bezeichneten Personen, als stillschweigend von ihm zur Erbfolge berufen anzusehn seien". Австрійскій кодексъ удержалъ еще древне-римское дѣленіе завѣщаній на testament, въ которомъ заключается означеніе наслѣдника, и codicill, содержащій въ себѣ другія распоряженія. Такимъ образомъ завѣщаніе, въ которомъ имѣется одно лишь устраненіе наслѣдника, по терминологіи австрійскаго права, есть кодициллъ: сущность дѣла отъ этого, конечно, не мѣняется.

Въ новомъ швейцарскомъ уложеніи также нѣтъ прямой статьи объ устраненіи въ интересующемъ насъ смыслѣ. Этому вопросу пока не удѣлено много вниманія комментаторами швейцарскаго закона. Только косвенно, изъ разсужденій комментаторовъ о сущности завѣщанія, можно вывести заключеніе, что по новому закону прямое устраненіе допустимо въ такой же мѣрѣ, какъ и прямое назначеніе. Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1911, S. 383. Escher, Das Erbrecht des Schweizerishes ZGB, 1912, S. 46 cet.

cession ab intestat est devolue par la loi suivant l'intention présumée du defunt, il est logique que l'exclusion des uns vaut institution implicite pour ceux qui viennent à leur defaut. C'est ce qu'exprime la formule „Exclure, c'est disposer" qu'on trouve dans beaucoup d'arrêts [1]).

Наконецъ, и англійское завѣщательное право, какъ извѣстно, весьма сложное и подверженное традиціямъ и ограниченіямъ историческаго свойства, считаетъ законнымъ указаніе въ завѣщаніи, что тотъ или иной наслѣдникъ не долженъ принять участіе въ распредѣленіи имущества (exclusion of individual). „Распоряженіе завѣщателя, чтобы А не получилъ никакой доли въ имуществѣ завѣщателя, является подразумѣваемымъ надѣленіемъ той долей, которая причиталась бы А, другихъ лицъ, управомоченныхъ на полученіе незавѣщаннаго имущества, если намѣреніе завѣщателя не вызываетъ сомнѣній" [2]).

По примѣру иностранныхъ законодательствъ, русскій проектъ гражданскаго уложенія, вводя обязательную долю для необходимыхъ наслѣдниковъ, считаетъ нужнымъ установить точно основанія, по которымъ можетъ произойти устраненіе такого необходимаго наслѣдника

[1]) Traité élémentaire de droit civil, 1908, t. 3, p. 644. Такого мнѣнія и Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, VI, 1894, p. 397, Laurent, XIII, p. 532 и др. Въ французской литературѣ и судебной практикѣ въ прежнее время высказывался взглядъ, что завѣщатель долженъ оставить своимъ нисходящимъ и восходящимъ что-нибудь, хотя бы пять су (cinq sous), что „титулъ наслѣдника есть почетный титулъ, котораго ни одно изъ дѣтей не можетъ быть лишено безъ законной причины". Это было не столько ограниченіемъ свободы завѣщанія, сколько „западней для неблагоразумнаго завѣщателя"—un piége tendu au testateur imprudent. См. Lambert, De l'Exhérédation, 1895, p. 187. Въ настоящее время отъ подобной двусмысленной практики не осталось и слѣда. Нынѣ французскіе суды руководствуются исключительно волей покойнаго: если таковая ясна, ее нужно уважать. „Имѣетъ ли мѣсто молчаливая эксгередація или прямо выраженная, результатъ одинъ и тотъ же; она влечетъ за собой всегда подставъ наслѣдниковъ „по желанію" наслѣдникамъ „по крови". Считать дѣйствительнымъ или недѣйствительнымъ совершенный завѣщателемъ актъ въ зависимости отъ того, является ли этотъ актъ распоряженіемъ положительнымъ или отрицательнымъ, это было бы формализмомъ, стоящимъ въ рѣшительномъ противорѣчіи съ общимъ духомъ современнаго права". Lambert, op. cit. p. 181.

[2]) Jarman, A treatise on Wills, v. 1, 1910, p. 703. Только въ отношеніи нѣкоторыхъ категорій имуществъ недопустимо по англійскому праву исключеніе сразу всѣхъ родственниковъ.

и на которыя должна быть ссылка въ завѣщаніи (ст. 141). Въ дальнѣйшемъ воля завѣщателя вполнѣ свободна, и наслѣдникъ можетъ быть устраненъ не только косвенно, но и прямо. Послѣднее положеніе, хотя и не содержится опредѣленнымъ образомъ въ какомъ-либо постановленіи, однако выводится изъ самой сущности завѣщательнаго распоряженія [1]). Это подтверждается мотивами проекта, изъ которыхъ, именно, усматривается, что по смыслу закона „все содержаніе завѣщанія можетъ заключаться въ устраненіи наслѣдника отъ участія въ наслѣдствѣ, которое поступаетъ къ другимъ наслѣдникамъ по правиламъ наслѣдованія по закону". Не подлежитъ сомнѣнію, что съ введеніемъ въ дѣйствіе проекта гражданскаго уложенія прямое устраненіе наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи будетъ считаться вполнѣ соотвѣтствующимъ закону, а между тѣмъ, сравнительно съ нынѣшнимъ закономъ, въ этомъ именно вопросѣ проектъ ничего новаго не вводитъ, стоя всецѣло на позиціяхъ дѣйствующаго права [2]).

III.

Итакъ, если устраненіе наслѣдника въ завѣщательномъ распоряженіи нисколько не противорѣчитъ ни буквѣ, ни духу нашихъ гражданскихъ законовъ, вполнѣ гармонируетъ съ историческими основаніями русскаго завѣщательнаго права и, отвѣчая потребностямъ жизни, составляетъ обычное явленіе въ области распорядительныхъ актовъ на случай смерти на Западѣ и у насъ, то чѣмъ объяснить категорическое запрещеніе нашего сената пользоваться этимъ, можно сказать, общепризнаннымъ институтомъ, въ чемъ истинные мотивы этой практики сената?

Ни въ рѣшеніи по дѣлу Гладилина, ни въ другомъ мѣстѣ мы этихъ истинныхъ мотивовъ не находимъ, о нихъ приходится лишь догадываться. Повидимому, здѣсь оказываютъ вліяніе соображенія чисто *моральнаго* свойства. Говорятъ,—и такое мнѣніе приходится иногда слышать въ средѣ юристовъ—что прямое лишеніе наслѣд-

---

[1]) Ст. 66: „Завѣщательное распоряженіе можетъ состоять въ предоставленіи имущества въ собственность, въ установленіи въ немъ пользовладѣнія или иныхъ вотчинныхъ правъ. Въ завѣщаніе могутъ быть включаемы и другія всякаго рода распоряженія, не противныя закону, добрымъ нравамъ или общественному порядку".

[2]) См. Объясненія подъ 66 ст. Цитирую проектъ по изданію 1903 г. удобства ради.

ства, свидѣтельствуя о презрительномъ отношеніи къ законному наслѣднику, является актомъ неблагожелательнымъ со стороны завѣщателя, а потому подобное распоряженіе не заслуживаетъ покровительства закона и суда. Кто садится писать завѣщаніе съ исключительной цѣлью причинить „безчестье“ близкому родственнику и устранить его, тотъ совершаетъ что-то недоброе, творитъ „злое дѣло“, реагировать на которое слѣдуетъ признаніемъ недѣйствительности завѣщанія.

Противъ этихъ мотивовъ можно было бы прежде всего возразить, что завѣщаніе не всегда содержитъ исключительно устраненіе наслѣдника: часто о такомъ устраненіи говорится между прочимъ, среди другихъ распоряженій, при чемъ весьма нерѣдко завѣщатель приводитъ и причины, по которымъ производится лишеніе, не ограничиваясь однимъ устраненіемъ. Но, что всего важнѣе, судебныя мѣста рѣшительно не могутъ и не вправѣ считать „антиморальными“ подобныя распоряженія за отсутствіемъ для этого положительнаго основанія. Если бы законъ считалъ безнравственнымъ прямое лишеніе наслѣдства, онъ оговорилъ бы въ какомъ-либо постановленіи: замѣнить въ этомъ отношеніи волю закона никто не управомоченъ. Обыватель можетъ требовать, чтобы его не тяготила судебная опека, навязывающая ему насильно „моральные взгляды“ въ особенности, когда эти „моральные взгляды“ вносятъ диссонансъ въ обычныя представленія, освященныя временемъ и традиціей...

Если полноправное и дѣеспособное лицо пожелаетъ, чтобы тѣ или иные родственники не коснулись его имущества послѣ его смерти и оговоритъ это въ завѣщаніи, то никто не вправѣ игнорировать такое желаніе. Нѣтъ надобности дѣлать видъ, будто бы непонятно, кому завѣщатель предназначилъ имущество, отдавать его лишеннымъ наслѣдства, вопреки желанію завѣщателя и вопреки закону, предписывающему исполнять завѣщаніе по волѣ, а не противъ воли завѣщателя (1084 ст. т. X ч. 1). Вотъ единственная мораль, которою должны руководиться судебныя мѣста.

Еще допустимо было бы говорить объ ограниченіи правъ завѣщателя въ отношеніи лишенія наслѣдства близкихъ ему лицъ вообще. Завѣщатель не долженъ обходить прямо или косвенно людей, связанныхъ съ нимъ кровными и семейными узами, безъ достаточныхъ поводовъ къ такому обходу. На этомъ основаніи всѣ законодательства устанавливаютъ обязательную долю для восходящихъ и нисходящихъ: этой доли завѣщатель не можетъ произ-

вольно отнять ни путемъ прямого устраненія, ни путемъ назначенія имущества другому [1]).

Русскіе гражданскіе законы, помимо ограниченій, установленныхъ для родовыхъ имѣній, никакого другого стѣсненія правъ завѣщателя не знаютъ. Благопріобрѣтенное имущество дозволяется отдавать и завѣщать кому угодно. Если можно обходить своихъ близкихъ, то не все ли равно, въ какой формѣ это будетъ сдѣлано? И не проще ли прямое выраженіе того, что желательно завѣщателю, безъ обиняковъ: кому здѣсь нуженъ запретъ, для чего обходные пути, лицемѣріе и двоедушіе? Скажутъ, что завѣщатель въ концѣ концовъ ничего не теряетъ отъ этого запрета: онъ можетъ сдѣлать распоряженіе во всемъ своемъ имуществѣ положительнымъ образомъ, и нежелательный наслѣдникъ будетъ такимъ образомъ устраненъ. Но не значитъ ли это навязывать завѣщателю то, чего онъ, быть можетъ, вовсе не желаетъ? Помимо устраненія неблагодарной и обезпеченной супруги даннаго родственника, или даже всѣхъ родственниковъ, въ несчастіи оставившихъ завѣщателя, а теперь ждущихъ отъ него наслѣдства—завѣщатель, ничего другого при составленіи завѣщанія не имѣетъ въ виду. Онъ предоставляетъ остальное законамъ, которымъ готовъ вполнѣ подчиниться, лишь бы исполнена была его воля. Онъ не знаетъ еще точно ни состава своего имущества, ни того, какое имущество останется послѣ его смерти и кто изъ наслѣдниковъ будетъ въ это время налицо. Между тѣмъ, ему предлагаютъ распоряжаться и распредѣлять. А кстати—здѣсь и въ ловушку не трудно попасть. Допущенъ будетъ въ завѣщаніи какой-либо промахъ или пропускъ, что часто неизбѣжно, особенно при значительномъ имуществѣ, не будутъ приняты во вниманіе то или иное имущество и возможныя измѣненія въ таковомъ—имущество останется внѣ завѣщательныхъ распоря-

---

[1]) У насъ обязательная доля признана мѣстными законодательствами. По дѣйствующимъ въ Бессарабіи законамъ Арменопуло, наслѣдодатель, при распредѣленіи имущества путемъ завѣщанія, обязанъ сохранить для родителей и дѣтей законную часть, фалькидіонъ: „Мы печемся, говорится въ законѣ, чтобы не допускать безчестья исключенія изъ наслѣдства родителей и дѣтей“. См. рѣш. гражд. касс. деп. прав. сен. 1909 г. № 73. О невозможности безмездно отчуждать по завѣщательному акту свыше опредѣленной мѣры при наличности у завѣщателя дѣтей, по гражданскимъ законамъ Царства Польскаго, см. ст. 913 кодекса Наполеона. Ограниченія въ правѣ завѣщателя располагать наслѣдственными имуществами въ остзейскихъ губерніяхъ—ст. 1995 свода узак. губерн. прибалт.

женій, перейдетъ какъ разъ къ тому, кого завѣщатель хотѣлъ устранить и кто затѣмъ съ постоянной насмѣшкой будетъ вспоминать не добившагося своей цѣли покойника [1]).

Прямое устраненіе наслѣдника и лишеніе имущества путемъ назначенія другому не всегда равносильны по результатамъ. Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, что завѣщатель „устранилъ" даннаго наслѣдника, отказавъ имущество другому лицу. И вотъ назначенный наслѣдникъ умираетъ до смерти самого завѣщателя, при чемъ послѣднему это обстоятельство даже неизвѣстно, или по открытіи наслѣдства назначенное лицо отрекается, либо просто не принимаетъ наслѣдства. Во всѣхъ этихъ случаяхъ „лишенный" возродится, словно фениксъ, въ тѣхъ правахъ, отъ которыхъ желалъ отстранить его наслѣдодатель. При всякомъ отпаденіи наслѣдниковъ по завѣщанію наслѣдство получитъ такой „обойденный", хотя бы изъ завѣщанія вытекало, что никогда и ни при какихъ условіяхъ этотъ непризванный наслѣдникъ не долженъ касаться наслѣдства [2]).

Единственной гарантіей правильнаго выполненія воли завѣщателя здѣсь можетъ служить именно дозволеніе прямого устраненія. Вполнѣ очевидно, что устраненіе отъ наслѣдства въ завѣщательномъ распоряженіи является въ системѣ завѣщательнаго права не пустымъ формальнымъ придаткомъ, отъ котораго легко отказаться. Институтъ этотъ—необходимое звено завѣщательнаго права, вѣнчающее самый принципъ свободы завѣщательной воли. Вырвать этотъ институтъ, значитъ совершить операцію, грозящую серьезными послѣдствіями. Необходимо, чтобы наша судебная практика это поняла и вернула завѣщателю невѣдомо зачѣмъ отнятое у него право указывать не только того, къ кому должно поступить

---

[1]) Такъ въ жизни бываетъ весьма нерѣдко. Отчасти и въ дѣлѣ Гладилина (1903 г. № 28) произошло „недоразумѣніе", и воля завѣщателя оказалась отвергнутой именно потому, что покойный не разсчиталъ или не могъ разсчитать точно свое имущество. Оставляя наслѣдство женѣ и сыну Василію, завѣщатель, по простотѣ своей, считалъ законнымъ распоряженіе о томъ, что „устраняются отъ всякаго наслѣдованія рѣшительно во всемъ, что останется послѣ моей смерти, вдова умершаго сына моего Ивана, Екатерина Гладилина и дѣти ея". Оказалось, что имѣется и внѣзавѣщательное имущество, и къ послѣднему вдова Екатерина и ея дѣти, къ которымъ покойный, повидимому, имѣлъ основаніе не быть расположеннымъ, признаны были въ законныхъ частяхъ наслѣдниками, несмотря на завѣщаніе.

[2]) Ср. Bernhöft, Das Erbrecht, S. 100.

его имущество послѣ смерти, но и того, къ кому оно идти не должно. Предоставленіе завѣщателю этого права приведетъ не къ ослабленію, а къ усиленію началъ завѣщательнаго права, внесетъ въ нихъ больше ясности и стройности и можетъ имѣть благотворное значеніе какъ для настоящаго, такъ и для будущихъ судебъ наслѣдственнаго права.

IV.

Такъ какъ устраненіе наслѣдника въ завѣщаніи есть, въ сущности, измѣненіе законнаго порядка наслѣдованія, замѣна одного законнаго наслѣдника другимъ, то относительно доли устраненнаго дѣло обстоитъ такъ же, какъ при выбытіи законнаго наслѣдника. Въ то время, какъ при отпаденіи наслѣдника по завѣщанію воля завѣщателя о его долѣ должна считаться какъ бы совершенно невыраженною, при устраненіи наслѣдника воля завѣщателя—та, чтобы устраненный замѣщенъ былъ другимъ лицомъ, имѣющимъ право наслѣдованія по закону. Вопросъ о томъ, можетъ ли устраненный быть замѣщенъ его же нисходящими, сводится къ вопросу о взаимоотношенія права устраненія и права представленія. Право представленія, какъ это установлено нашей судебной практикой, опредѣляетъ собою извѣстную постепенность преемства наслѣдственныхъ правъ, признаваемаго нашимъ закономъ въ смыслѣ зависимости правъ представляющаго отъ правъ представляемаго. Если наслѣдникъ до открытія наслѣдства умеръ, въ его право наслѣдованія вступаютъ его нисходящіе, въ качествѣ его правопреемниковъ. Напротивъ, при отреченіи наслѣдника нисходящіе его никакихъ правъ отъ него не производятъ. То же происходитъ и при устраненіи наслѣдника: и здѣсь о правѣ представленія устраненнаго со стороны его нисходящихъ не должно быть рѣчи.

Въ данномъ вопросѣ русскій законъ стоитъ, подобно французскому, на почвѣ римскаго права, въ отличіе отъ германскаго и швейцарскаго гражданскихъ уложеній. Согласно дѣйствующему русскому праву, право представленія есть извѣстный порядокъ наслѣдованія. По нашему закону представляющій вступаетъ „на мѣсто и въ степень“ представляемаго: представлять можно только мертваго наслѣдника, т. е. только такое лицо, которое имѣетъ отношеніе къ наслѣдству, но фактически осуществляетъ свои права не самостоятельно, а черезъ своихъ правопреемниковъ. Можно ли съ точки зрѣнія правовыхъ послѣдствій уподобить отреченіе или устраненіе смерти?

Въ противоположность нѣкоторымъ иностраннымъ законодательствамъ, по нашему закону отрекшіеся или устраненные считаются не умершими до открытія наслѣдства, а совершенно не существующими въ качествѣ наслѣдниковъ. Разъ ихъ существованіе безразлично, то нужно исходить изъ того, что юридически они никогда не существовали. Въ счетъ эти лица не идутъ. Ихъ потомство можетъ быть призвано къ наслѣдованію при отсутствіи болѣе близкихъ степеней. Замѣстить же отрекшагося (или устраненнаго), принять его часть въ качествѣ его представителей, по праву представленія, нисходящіе его не могутъ.

Не считаю нужнымъ подробно останавливаться на вопросѣ о справедливости такого рѣшенія вопроса. Полагаю несправедливымъ и такой порядокъ, при которомъ нисходящіе отрекшагося или устраненнаго наслѣдника во всѣхъ случаяхъ получали бы причитающуюся такому наслѣднику долю наслѣдства. Почему—спрашиваютъ—сынъ наслѣдодателя долженъ быть предпочтенъ дѣтямъ другого, отрекшагося или устраненнаго, сына? Позволительно, однако, спросить, всегда ли умѣстно наслѣдованіе дѣтей при наличности отреченія отца, всегда ли можно передавать имъ имущество, отъ котораго устраненъ былъ ихъ отецъ. Отрекаясь отъ наслѣдства, наслѣдникъ руководствуется нерѣдко тѣмъ соображеніемъ, что онъ не имѣетъ моральнаго права на наслѣдованіе, что наслѣдство нажито праводателемъ такими путями, при которыхъ онъ, наслѣдникъ, не считаетъ для себя возможнымъ принять наслѣдство. При устраненіи наслѣдника завѣщатель можетъ основываться на томъ, что устраняемый наслѣдникъ вполнѣ обезпеченъ, что онъ получилъ уже свою долю, что поэтому наслѣдованіе его или его нисходящихъ наравнѣ съ другими, равными ему, наслѣдниками было бы несоразмѣрнымъ обогащеніемъ. Такъ или иначе, разъ точка зрѣнія нашего X тома и французскаго кодекса возможна и юридически и логически, ее отбросить нельзя.

Прихожу, слѣдовательно, къ слѣдующимъ принципіальнымъ выводамъ: въ случаѣ устраненія наслѣдника, устраненный выбываетъ изъ ряда наслѣдниковъ такъ, какъ бы его вовсе не было, и наслѣдство идетъ къ другимъ законнымъ наслѣдникамъ; при опредѣленіи послѣднихъ слѣдуетъ руководствоваться правилами о близости степеней, причемъ нисходящіе устраненнаго могутъ наслѣдовать только въ томъ случаѣ, если они являются единственно близкими наслѣдодателю лицами, но не по праву представленія.

Переходя къ вопросу о томъ, насколько выводы эти могутъ

найти себѣ опору въ нашей судебной практикѣ и считаясь съ тѣмъ, что нашъ сенатъ не признавалъ до сихъ поръ прямого устраненія наслѣдника, полагаю возможнымъ опереться на рѣшеніе сенатомъ вопроса о соотношеніи отреченія и права представленія, такъ какъ сказанное объ отреченіи можетъ быть отнесено и къ устраненію. Приходится прежде всего остановиться на сенатскомъ рѣшеніи по дѣлу Фролова (1892 г. № 58), которое приводится иногда въ доказательство того, что при отреченіи наслѣдника въ принадлежавшее ему наслѣдство вступаютъ его нисходящіе, подобно тому, какъ это бываетъ при смерти наслѣдника до открытія наслѣдства. Но детальное разсмотрѣніе этого рѣшенія убѣждаетъ, что такого вывода въ немъ не содержится. Судебная палата, разсматривавшая это дѣло, полагала, что отреченіе отца отъ наслѣдства закрываетъ, во всякомъ случаѣ, возможность наслѣдованія для его сына. Сенатъ съ этимъ, разумѣется, не согласился и разъяснилъ, что для права наслѣдованія необходимо принадлежать къ роду и занимать въ немъ опредѣленное мѣсто, иначе говоря— быть внукомъ, племянникомъ или инымъ родственникомъ наслѣдодателя, но не требуется быть правопреемникомъ непосредственнаго наслѣдника. Сенатъ разъяснилъ, что „нисходящіе отрекшагося отъ наслѣдства лица не теряютъ своихъ родственныхъ связей съ наслѣдодателемъ, а потому, въ качествѣ его, наслѣдодателя, родственниковъ, сохраняютъ право наслѣдованія на общемъ основаніи“. Доктрина сената о значеніи отреченія для правъ нисходящихъ стоитъ настолько прочно, что вопросъ этотъ въ послѣднее время не вносится даже на разсмотрѣніе департамента, и дѣла этого рода, какъ не требующія принципіальныхъ разъясненій, разсматриваются въ отдѣленіяхъ. По одному изъ такихъ дѣлъ, недавно разрѣшенному 2 отдѣленіемъ, сенатъ опредѣленно высказалъ, что, по общему правилу, отреченіе наслѣдника лишаетъ его нисходящихъ наслѣдованія по праву представленія. Въ этомъ рѣшеніи (отъ 17 ноября 1911 г. по дѣлу Шобера) сенатъ нашелъ, между прочимъ: 1) „что судебная палата признала за дочерью впослѣдствіи умершаго сына наслѣдодателя Федора Шобера Елизаветой Федоровной Шоберъ въ правахъ ея отца и, слѣдовательно, по праву представленія (ст.ст. 1123 и 1125 т. X ч. 1) право сонаслѣдованія съ ея дядей Иваномъ и 2 тетками, дѣтьми наслѣдодателя, причемъ основывалась на фактѣ отреченія отца истицы отъ наслѣдства и на цитированномъ палатою рѣшеніи сената 1892 г. № 58; 2) что между тѣмъ приведенное рѣшеніе сената со-

состоялось при обстоятельствахъ дѣла, вовсе не тождественныхъ съ настоящимъ, и въ немъ о правѣ наслѣдованія, по праву представленія, родственниковъ дальнѣйшихъ степеней въ правахъ представляемаго восходящаго по поводу его отреченія вовсе не упоминается; 3) что, признавъ въ данномъ случаѣ наслѣдованіе по праву представленія по поводу отреченія отъ наслѣдства сына наслѣдодателя, палата нарушила постановленія ст. 1123 т. X ч. 1, гдѣ о правѣ представленія внукомъ упоминается лишь за смертью дѣтей, а не по причинѣ отреченія послѣднихъ".

Остается только пожалѣть, что рѣшеніе по дѣлу Шобера постановлено не департаментомъ, а отдѣленіемъ. Рѣшеніе 1892 г. № 58 подвергалось превратному истолкованію не только отдѣльными судебными мѣстами, но и въ литературѣ (Г. Харламповичъ, проф. Б. В. Поповъ). Если бы сенатъ разрѣшилъ нынѣ въ положительномъ смыслѣ вопросъ о допустимости у насъ прямого устраненія наслѣдника, то относительно правъ нисходящихъ устраненнаго сенатъ пришелъ бы, естественно, къ тому же выводу: нисходящіе устраненнаго наслѣдственныхъ правъ не имѣютъ, развѣ бы они призывались къ наслѣдованію jure proprio, какъ ближайшіе наслѣдники, за отсутствіемъ болѣе близкихъ.

Такимъ образомъ, при всей спорности вопроса о судьбѣ имущества послѣ устраненнаго, онъ все же неустранимыхъ препятствій на почвѣ дѣйствующаго права не представляетъ и разрѣшается на основаніи началъ преемства по близости степеней, въ связи съ началомъ права представленія и ученіемъ объ объемѣ дѣйствія этого права по дѣйствующему закону.

Докладъ вызвалъ рядъ замѣчаній.

С. I. Добринъ обращаетъ вниманіе на то, что вопросъ объ устраненіи наслѣдника можетъ представиться съ трехъ точекъ зрѣнія. Во-первыхъ, тамъ, гдѣ существуетъ институтъ обязательной доли, можетъ возникнуть вопросъ объ условіяхъ, при которыхъ завѣщатель въ правѣ лишить обязательнаго наслѣдника его доли. Вопросъ, при этомъ, будетъ заключаться именно въ этихъ условіяхъ, а вовсе не въ той формѣ, положительной или отрицательной, въ какой устраненіе будетъ сдѣлано. При отсутствіи этихъ условій (напр., неблагодарности, покушенія на жизнь и т. д.), никакое, хотя бы самое точное, расписаніе наслѣдодателемъ своего имущества до послѣдней копѣйки между разными лицами, прямо поимено-

ванными, не лишитъ обойденнаго обязательнаго наслѣдника права требовать своей доли судомъ. Во-вторыхъ, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, обязанъ ли завѣщатель обозначать избраннаго или избранныхъ имъ наслѣдниковъ непремѣнно положительнымъ образомъ, или онъ въ правѣ также обозначить ихъ и путемъ отрицательнымъ, путемъ называнія того единственнаго или тѣхъ нѣсколькихъ изъ ближайшихъ своихъ наслѣдниковъ, кому онъ ничего не хочетъ оставить. При положительномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ, тѣ наслѣдники, которымъ будетъ отдано, въ концѣ концовъ, имущество, будутъ, все-таки, наслѣдниками по завѣщанію. И, наконецъ, можетъ возникнуть вопросъ о правѣ наслѣдодателя просто вырвать кого-нибудь изъ своихъ наслѣдниковъ, не давая понять, хотя бы отрицательнымъ образомъ, кого онъ хочетъ имѣть своимъ наслѣдникомъ, такъ чтобы открывающійся порядокъ наслѣдованія былъ порядкомъ наслѣдованія по закону. Докладчикъ смѣшиваетъ воедино всѣ эти три разновидности вопроса объ устраненіи наслѣдника, безъ всякаго различенія приводя доводы и ссылки, относящіеся то до одного, то до другого, то до третьяго изъ этихъ видовъ. Можно только догадываться, что преимущественно его интересуетъ третій видъ. Однако, разрѣшеніе вопроса, которое докладчикомъ дается, врядъ ли можетъ быть признано правильнымъ. По русскому праву можно въ одной части имущества установить наслѣдованіе по завѣщанію, представивъ другую часть наслѣдованію по закону. Въ этомъ отношеніи правило: „nemo pro parte testatus" —для русскаго права недѣйствительно. Но и по русскому праву нельзя въ одномъ и томъ же имуществѣ установить одновременно и наслѣдованіе по закону и наслѣдованіе по завѣщанію, т. е., собственно, третій видъ наслѣдованія, закону неизвѣстный. Между тѣмъ, такой именно третій видъ наслѣдованія мы и получимъ, если предоставить завѣщателю устранить кого-нибудь изъ своихъ законныхъ наслѣдниковъ, отказываясь въ то же время, хотя бы отрицательнымъ образомъ, указать, кого же назначаетъ онъ своимъ наслѣдникомъ.

С. М. Левинъ полагаетъ, что на вопросъ о допустимости прямого устраненія наслѣдника отъ наслѣдованія слѣдуетъ дать положительный отвѣтъ. Свобода завѣщательныхъ распоряженій—основное начало дѣйствующаго права, не знаю-

щаго института pars legitima. Ограниченіе этой свободы сдѣлано (въ объективной формѣ) относительно родовыхъ имуществъ. Всякое иное ограниченіе должно быть установлено для своей дѣйствительности прямо закономъ. Неубѣдителенъ аргументъ сената, касающійся невозможности лишенія наслѣдника самаго права наслѣдованія. Нормы законнаго наслѣдованія только постольку и дѣйствительны, поскольку нѣтъ соотвѣтствующихъ дѣйствительныхъ распоряженій завѣщателя. Предѣлы устраненія—въ большинствѣ случаевъ вопросъ толкованія завѣщанія. Его содержаніемъ слѣдуетъ руководствоваться для рѣшенія вопроса, желалъ ли наслѣдодатель устранить только опредѣленное лицо, или и его нисходящихъ. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда на это должна дать отвѣтъ норма закона, слѣдуетъ признать, что устраненіемъ наслѣдника не поражаются права „представляющихъ" его лицъ. Устраненіе, какъ актъ внѣшній по отношенію къ устраняемому, должно по своимъ послѣдствіямъ быть сравнено со смертью, лишеніемъ правъ, а не съ отреченіемъ, которое влечетъ послѣдствія и для правъ представляющихъ. Только при отреченіи, являющемся по структурѣ своей отрицательнымъ понятіемъ, отрекшійся переносить на своихъ наслѣдниковъ свои права, и они вступаютъ не только въ степень, но и мѣсто его. И съ правно-политической точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что устраненіе не должно касаться лицъ, имѣющихъ право представленія.

А. Я. Лихтерманъ не согласенъ съ докладчикомъ въ томъ, что древнему русскому праву извѣстна полная свобода завѣщательныхъ распоряженій, и что устраненіе наслѣдника въ завѣщаніи вполнѣ соотвѣтствуетъ историческому развитію русскаго завѣщательно наслѣдственнаго права. Ссылка докладчика для доказательства перваго изъ тезисовъ, на договоръ Олега 911 г. несостоятельна, потому что, какъ неоднократно указывалось изслѣдователями (Сергѣевичъ, Владимірскій-Будановъ), право, заключенное въ этомъ законодательномъ памятникѣ—не русское право; единственная статья, изъ содержанія которой можно усмотрѣть намекъ на ст. 13, имѣетъ въ виду, — какъ говоритъ Владимірскій-Будановъ,—не наслѣдство, а сохраненіе и доставленіе по принадлежности имущества умершаго на чужой сторонѣ. Не можетъ подкрѣпить мнѣніе докладчика о свободѣ завѣщатель-

ныхъ распоряженій и „Русская Правда“, ибо система семейнаго имущества, при которой субъектомъ права собственности является вся семья, а отецъ есть глава и отвѣтственный распорядитель, устраняетъ всякія разсужденія о завѣщаніяхъ въ современномъ смыслѣ этого понятія. Даже имущество вдовы-матери („матерная часть“), находящееся у нея на правѣ полнаго распоряженія, на основаніи ст. 114 (Карамз. списка), по завѣщанію не можетъ выходить изъ предѣловъ семьи. Нормы Псковской судной грамоты опять-таки не свидѣтельствуютъ о предоставленіи субъективнаго произвола наслѣдодателю; напротивъ, какъ указываетъ Рудневъ, „такъ какъ все въ порядной неизбѣжно должно согласоваться съ обычаемъ, а въ обычаѣ теперь кругъ наслѣдниковъ расширился, то тоже нужно примѣнить и къ завѣщанію“. Переходя къ разсмотрѣнію второго изъ цитированныхъ выше тезисовъ докладчика, слѣдуетъ признать, что въ исторіи русскаго права такого закона, которымъ устанавливались бы права завѣщателя устранять наслѣдниковъ путемъ особаго упоминанія о нихъ въ завѣщаніи, нѣтъ. Этого закона не было и не могло быть въ древней Руси при отсутствіи свободы завѣщательныхъ распоряженій. Его не создало и московское право, которое, вообще говоря, достаточно точно регламентировало вопросы завѣщательнаго права (главы 10, 15, 16 уложенія Алексѣя Михайловича). Это отсутствіе такого закона въ московскомъ періодѣ можно объяснить отчасти широкимъ распространеніемъ помѣстнаго и вотчиннаго права, противорѣчащимъ системѣ полной свободы завѣщательныхъ распоряженій. Не было и соотвѣтственной практики.

А. Г. Гойхбаргъ полагаетъ, что точка зрѣнія судебной практики можетъ найти опору въ законѣ. Съ точки зрѣнія порядка открытія наслѣдованія по закону, слѣдуетъ прежде всего имѣть въ виду ст.ст. 1110 и 1111 т. X ч. 1. Изъ всѣхъ пунктовъ ст. 1110 слѣдуетъ, что наслѣдованіе по закону имѣетъ мѣсто при отсутствіи завѣщательныхъ распоряженій относительно имущества, хотя бы и имѣлись распоряженія относительно лицъ, устраняемыхъ отъ наслѣдованія. Что касается исторической аргументаціи докладчика, то въ этомъ отношеніи необходимо имѣть въ виду два узаконенія, разрѣшающія поставленный докладчикомъ вопросъ въ противоположномъ одно другому смыслѣ. Указъ 20 декабря

1730 г. (п. с. з. № 3658) даетъ утвердительное рѣшеніе, указъ 17 февраля 1798 г. (п. с. з. № 18381)—отрицательное. Послѣднее узаконеніе важно и въ томъ отношеніи, что изъ него можно заключить о рѣшеніи вопроса относительно права представленія въ смыслѣ, противоположномъ докладу. Далѣе, докладчикомъ не предусмотрѣнъ цѣлый рядъ вопросовъ. Докладъ имѣетъ въ виду только благопріобрѣтенное имущество. Совершенно обойденъ первостепенной важности вопросъ объ устраненіи наслѣдника въ родовомъ имуществѣ, въ особенности въ связи съ закономъ 3 іюня 1912 г. Точка зрѣнія нашего закона представляется, далѣе, докладчику въ не вполнѣ правильномъ свѣтѣ. Въ нашемъ законѣ, заимствованномъ изъ французскаго, все же опущено указаніе французскаго закона на то, что представляющій вступаетъ въ права представляемаго. Слѣдовательно, право представленія, по нашему закону, не есть, какъ полагаетъ докладчикъ, преемство въ правахъ,—оно есть собственное право. Докладчикъ напрасно игнорируетъ вопросъ о правѣ представленія самого устраненнаго.

М. М. Винаверъ просилъ докладчика выяснить, въ своемъ отвѣтѣ оппонентамъ, также слѣдующія сомнѣнія. Кто, съ точки зрѣнія доклада, наслѣдуетъ въ имуществѣ, при наличности устраненія, послѣ смерти устраненнаго, оставившаго дѣтей? При наличности нисходящихъ у устраненнаго и нисходящихъ у другого наслѣдника, умершаго до открытія наслѣдства, будутъ ли вторые имѣть предпочтеніе передъ первыми?

Докладчикъ *С. А. Бѣляцкинъ* въ своемъ отвѣтѣ оппонентамъ не отрицаетъ того, что свободу завѣщательныхъ распоряженій, съ точки зрѣнія исторической, нужно понимать относительно, что были въ нашей исторіи и стѣсненія и ограниченія этой свободы, но полагаетъ, что поскольку завѣщатель былъ свободенъ въ своихъ распоряженіяхъ, онъ могъ и назначать наслѣдниковъ и устранять ихъ. Существенно, что зачатки принципіальной свободы завѣщательныхъ распоряженій проявляются въ исторіи нашего права въ самыя древнія времена, и на протяженіи всей исторіи мы находимъ указанія на допустимость этой свободы—вплоть до изданія свода законовъ, въ которомъ эта свобода по отношенію къ благопріобрѣтенному имуществу получила окончательное завер-

шеніе. Въ отношеніи устраненія мы находимъ среди древнихъ актовъ завѣщательныя распоряженія, въ которыхъ выражается прямое устраненіе,—и такія распоряженія считаются нормальнымъ явленіемъ. Ссылка на исторію является въ докладѣ лишь эпизодомъ, но отнюдь не окончательнымъ обоснованіемъ положеній докладчика. Что дѣйствующій законъ говоритъ о распоряженіяхъ въ имуществѣ, это не противорѣчитъ выводамъ доклада, такъ какъ и устраненіе есть также такое же распоряженіе. Указаніе на то, что, при наличности наслѣдованія по закону и по завѣщанію, устраненіе было бы третьею системою наслѣдованія, неубѣдительно и не мирится съ требованіями жизни и практики, для которыхъ вопросъ о системѣ самъ по себѣ несущественъ. Дѣло не въ конструкціяхъ, а въ томъ, что распоряженіе собственника, въ какой бы формѣ оно ни выразилось, должно быть выполнено. Какія будутъ распоряженія, это дѣло конкретныхъ условій каждаго отдѣльнаго случая. Отвѣчая на сомнѣнія, указанныя М. М. Винаверомъ, докладчикъ разъясняетъ, что послѣ смерти устраненнаго нисходящіе его не наслѣдуютъ, если стоять на точкѣ зрѣнія судебной практики (рѣшеніе 1892 г. № 58 и рядъ отдѣленскихъ рѣшеній, между прочимъ цитированное въ докладѣ рѣшеніе по дѣлу Шоберъ). Хотя въ этихъ рѣшеніяхъ говорится о послѣдствіяхъ отреченія, но по послѣдствіямъ своимъ отреченіе равнозначуще устраненію. Въ отдѣльныхъ случаяхъ это можетъ оказаться несправедливымъ. Можно допустить даже, что приравнять и отреченіе и устраненіе къ смерти до открытія наслѣдства ближе подходило бы къ большинству жизненныхъ отношеній. Но все это—de lege ferenda. Съ точки же зрѣнія дѣйствующаго права, право представленія имѣетъ примѣненіе только при смерти. Между устраненіемъ же и отреченіемъ проводить отличіе нельзя. Смерть, физическая или гражданская, какъ юридическое явленіе, не терпитъ аналогіи или распространительнаго толкованія, и отождествленіе послѣдствій смерти съ послѣдствіями устраненія (отреченія) могло бы быть сдѣлано лишь путемъ изданія спеціальнаго закона, какъ это и имѣло мѣсто на Западѣ. Докладчикъ будетъ считать свою цѣль достигнутою, если ему удалось хоть нѣкоторыя сомнѣнія заронить въ вопросѣ, обычное рѣшеніе котораго ни въ комъ не вызывало сомнѣній.

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ*, отмѣтивъ исключительную

трудность вопроса, разрѣшеніе котораго составило тему доклада, предложилъ собранію выразить докладчику признательность за интересную разработку вопроса.

Засѣданіе было закрыто въ 12 час. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

18 марта 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія Общества *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій служили: 1) избраніе предсѣдательствующаго, его товарища и 3 членовъ редакціоннаго комитета гражданскато отдѣленія, и 2) докладъ *С. І. Добрина*: *„Срокъ на принятіе наслѣдства"*.

Произведенные выборы дали слѣдующіе результаты: предсѣдателемъ гражданскаго отдѣленія переизбранъ *М. М. Винаверъ*, товарищемъ предсѣдателя—*В. М. Нечаевъ*, членами редакціоннаго комитета—*Ф. А. Вальтеръ*, *І. А. Покровскій* и бар. *Н. А. Штакельбергъ*.

Затѣмъ былъ заслушанъ докладъ *С. І. Добрина*: *„Срокъ на принятіе наслѣдства"*.

Положенія доклада.

1. Принятіе наслѣдства (aditio hereditatis) какъ въ русскомъ правѣ, такъ и въ западномъ одинаково опредѣляется, какъ волеизъявленіе наслѣдника вступить въ права и обязанности наслѣдодателя.

2. Отъ принятія наслѣдства, какъ волеизъявленія, необходимо отличать искъ о наслѣдствѣ (hereditatis petitio).

3. Никакого срока, въ теченіе котораго наслѣдникъ былъ бы обязанъ принять открывшееся для него наслѣдство, въ русскомъ правѣ не существуетъ. Когда бы наслѣдникъ ни заявилъ о своемъ желаніи принять наслѣдство, право его на наслѣдство будетъвоз-

ведено къ моменту открытія наслѣдства. Но сумѣетъ ли онъ получить наслѣдство въ свое обладаніе, будетъ зависѣть отъ того, не пропустилъ ли онъ срокъ на искъ о наслѣдствѣ къ его фактическому владѣльцу.

4. Подъ явкой за полученіемъ наслѣдства, на которую въ ст. 1246 т. X ч. I установленъ 10-лѣтній срокъ, подразумѣвается не проявленіе наслѣдникомъ воли принять наслѣдство и не фактическое вступленіе наслѣдника во владѣніе наслѣдствомъ, а требованіе его, обращенное къ казнѣ, о выдачѣ ему взятаго въ казну наслѣдства.

Получивъ отъ предсѣдателя слово, докладчикъ *С. I. Добринъ* доложилъ собранію слѣдующее:

Практикой сената твердо установлено, что по русскому праву смерть наслѣдодателя открываетъ лишь для наслѣдника право, буде онъ пожелаетъ, принять наслѣдство, но сама еще не дѣлаетъ наслѣдника ни управомоченнымъ по активу наслѣдственной массы, ни обязаннымъ по ея пассиву. Положеніе ст. 1254 т. X ч. 1, по силѣ котораго „право на открывшееся наслѣдство принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины владѣльца“, разъяснено сенатомъ въ томъ смыслѣ, что „изъ этого общаго положенія нельзя еще сдѣлать вывода, чтобы всякое лицо, имѣющее право на наслѣдство, признавалось собственникомъ наслѣдственнаго имѣнія. Законъ (ст. 1255 т. X ч. 1) предоставляетъ усмотрѣнію наслѣдниковъ принять наслѣдство или отъ него отречься, и точный смыслъ ст.ст. 1258 и 1265 т. X ч. 1 приводитъ къ несомнѣнному заключенію, что, по дѣйствующему праву, для пріобрѣтенія наслѣдственнаго права требуется еще принятіе его наслѣдниками“... „По дѣйствующему закону“, продолжаетъ сенатъ, „въ моментъ смерти собственника наслѣдниками пріобрѣтается лишь право наслѣдованія, т. е. право вступить въ обладаніе наслѣдствомъ посредствомъ его принятія и только со времени его осуществленія право на наслѣдственное имущество возводится ко времени открытія наслѣдства“ (рѣш. 1907 г. № 80, ср. также рѣш. 1891 г. № 105).

Оказывается, такимъ образомъ, что въ вопросѣ объ условіяхъ и способѣ перехода наслѣдственной массы изъ власти покойнаго во власть его наслѣдниковъ русское право придерживается той системы, какой римское право держалось по отношенію къ heredes extranei. Смерть наслѣдодателя влечетъ за собою только

открытіе наслѣдства, delatio hereditatis. Но для перехода наслѣдственнаго имущества въ собственность наслѣдника требуется еще желаніе наслѣдника принять наслѣдство—aditio hereditatis.

По римскому праву никакого срока, въ теченіе котораго наслѣдникъ былъ бы обязанъ принять открывшееся для него наслѣдство, не существовало. Разъ открывшееся для наслѣдника право сохранялось за нимъ уже навсегда, безъ ограниченія какимъ-либо временемъ, какъ всякое иное его право [1]). Напротивъ, у насъ, по общему мнѣнію, наслѣдникъ долженъ принять открывшееся для него наслѣдство въ теченіе десяти лѣтъ, а если пропуститъ десятилѣтній срокъ, то теряетъ свое право. Выраженія въ родѣ того, что для явки наслѣдника у насъ установленъ 10-лѣтній срокъ, что наслѣдникъ, не заявившій о своемъ наслѣдственномъ правѣ въ теченіе десяти лѣтъ, лишается своего права, стали у насъ почти обиходными. Это общее мнѣніе, что на принятіе наслѣдства у насъ установленъ 10-лѣтній срокъ, пропускъ котораго наслѣдникомъ влечетъ для него потерю наслѣдства, находитъ себѣ какъ будто категорическое подтвержденіе въ самомъ законѣ, который въ ст. 1246 т. X ч. 1 прямо говоритъ, что „кто въ теченіе десятилѣтняго срока не явится за полученіемъ наслѣдства, тотъ лишается онаго навсегда". Полной убѣдительностью звучатъ поэтому, на первый взглядъ, разсужденія сената, напримѣръ, въ рѣш. 1886 г. № 15, что „незаявленіе наслѣдникомъ о своихъ наслѣдственныхъ правахъ въ теченіе давностнаго срока или неосуществленіе имъ въ продолженіе этого времени своего наслѣдственнаго права, тѣмъ или другимъ образомъ, влечетъ за собою... утрату наслѣдственнаго права".

И, тѣмъ не менѣе, необходимо признать, что все это ходячее предоставленіе о существованіи у насъ десятилѣтняго срока на принятіе наслѣдства, совершенно ложно, что въ дѣйствительности никакого срока на принятіе наслѣдства у насъ нѣтъ и что по русскому праву такъ же, какъ по праву римскому, наслѣдникъ воленъ воспользоваться открывшимся для него правомъ, когда ему заблагоразсудится. Все дѣло объясняется совершеннымъ смѣшеніемъ у насъ понятій принятія наслѣдства и иска о наслѣдствѣ. Между тѣмъ это вещи совершенно различныя.

Когда говорятъ о принятіи наслѣдства въ смыслѣ римскаго

---

[1]) Dernburg, Pandekten, dritter Band § 164. Endemann, Lehrbuch, dritter Band, стр. 326.

aditio hereditatis, то терминъ „принятіе наслѣдства" не слѣдуетъ понимать слишкомъ буквально, въ смыслѣ фактическаго непремѣнно взятія наслѣдства въ свое обладаніе. И въ юридической литературѣ, и въ судебной практикѣ принятіе наслѣдства одинаково понимается не какъ фактическое непремѣнно вступленіе наслѣдника во владѣніе и распоряженіе наслѣдствомъ, но какъ его волеизъявленіе воспользоваться открывшимся для него правомъ, желаніе превратить свое право наслѣдованія въ право на наслѣдство. Утвержденіе въ правахъ наслѣдства, несомнѣнно, означаетъ принятіе наслѣдства, хотя вовсе съ фактическимъ вступленіемъ во владѣніе наслѣдствомъ не связано. Конечно, желаніе принять наслѣдство можетъ проявиться и въ фактическомъ вступленіи во владѣніе и распоряженіе наслѣдствомъ, и даже чаще всего именно такимъ образомъ проявляется. По ст. 1261 т. X ч. 1 „принятіемъ наслѣдства почитается, когда наслѣдники ни отзыва о неплатежѣ долговъ не учинили, ни доходовъ съ имѣнія умершаго не сохранили, а владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль". Но и при фактическомъ вступленіи наслѣдника во владѣніе наслѣдствомъ важенъ не фактъ обладанія наслѣдника наслѣдственнымъ имуществомъ, а именно сказывающееся въ этомъ фактѣ *желаніе* наслѣдника обладать наслѣдственнымъ имуществомъ: фактическое владѣніе есть только конклюдентное дѣйствіе, по которому мы заключаемъ о воленастроеніи наслѣдника. Институтъ принятія наслѣдства установленъ въ огражденіе наслѣдника. По современному воззрѣнію никого нельзя заставить сдѣлаться наслѣдникомъ противъ его воли, а потому окончательное рѣшеніе вопроса о вступленіи въ права наслѣдства должно быть предоставлено свободной волѣ наслѣдника. Но если воля наслѣдника несомнѣнна, то нѣтъ уже никакихъ препятствій для немедленнаго превращенія его права наслѣдованія въ окончательное право на наслѣдство. Принятіе наслѣдства можетъ поэтому не имѣть ничего общаго съ фактическимъ вступленіемъ въ обладаніе наслѣдствомъ. Но даже, когда оно именно въ такомъ фактическомъ вступленіи сказывается, во всякомъ случаѣ не требуется, чтобы все наслѣдственное имущество поступило въ обладаніе наслѣдника. Для принятія многомилліоннаго наслѣдства достаточно полученія съ почты и обращенія въ свою пользу перевода въ нѣсколько рублей. Это оставшееся никому невѣдомымъ полученіе перевода, будучи извлечено на свѣтъ Божій, будетъ обозначать и принятіе огромныхъ имѣній, сложныхъ торговыхъ предпріятій и многомилліон-

ныхъ долговъ. Въ юридической литературѣ, какъ русской, такъ и западной, принятіе наслѣдства одинаково опредѣляется поэтому какъ одностороннее, неформальное, ни къ кому не обращенное волеизъявленіе наслѣдника воспользоваться открывшимся для него правомъ.

Отъ принятія наслѣдства, какъ односторонняго, ни къ кому не обращеннаго волеизъявленія (вѣрнѣе, воленастроенія), необходимо отличать искъ о наслѣдствѣ, hereditatis petitio. Сколько бы разъ наслѣдникъ ни изъявилъ свою волю принять наслѣдство, какъ бы ни было ясно его несомнѣнное желаніе воспользоваться открывшимся для него правомъ, самый объектъ наслѣдованія можетъ оказаться во владѣніи другого. Въ то время, какъ ближайшій наслѣдникъ дѣлалъ волеизъявленія, хотя бы самыя несомнѣнныя и категорическія, и даже утвердился въ правахъ наслѣдства, въ фактическое владѣніе наслѣдствомъ могло вступить другое лицо, которое само считаетъ себя наслѣдникомъ или не выставляетъ никакого основанія для своего владѣнія (римскіе possessor pro herede и possessor pro possessore). Волеизъявленіе наслѣдника несомнѣнно сдѣлаетъ его собственникомъ наслѣдства. Съ момента изъявленія наслѣдникомъ своей воли принять наслѣдство, кредиторы наслѣдодателя могутъ спокойно обращаться къ нему со своими претензіями. Но волеизъявленіе наслѣдника все-таки не изыметъ наслѣдственнаго имущества изъ владѣнія его неправильныхъ держателей и не передастъ еще его во владѣніе наслѣдника. Для достиженія этого результата наслѣдникъ долженъ еще предъявить особый искъ, требуя, во-первыхъ, признанія судомъ его наслѣдственныхъ правъ и затѣмъ передачи имущества ему во владѣніе.

A priori нѣтъ, конечно, ничего невозможнаго въ томъ, чтобы въ системѣ русскаго наслѣдственнаго права оказались одновременно существующими два срока: и на волеизъявленіе о желаніи принять наслѣдство и на искъ о наслѣдствѣ, находящемся въ чужомъ владѣніи. Необходимо только отдать себѣ отчетъ въ томъ, что это будутъ именно два отдѣльныхъ другъ отъ друга срока, совершенно различной юридической природы и различной судьбы. Срокъ на искъ о наслѣдствѣ, находящемся въ чужомъ владѣніи, по юридической природѣ своей не можетъ быть никакимъ инымъ срокомъ, кромѣ какъ срокомъ исковой давности. Теченіе такого срока не можетъ начаться прежде, чѣмъ не появилась необходимость, или по крайней мѣрѣ, возможность предъявленія самого иска, прежде чѣмъ actio nata est. Установленное въ завѣщаніи пожиз-

ненное владѣніе не есть, конечно, то чужое неправильное владѣніе, которое давало бы наслѣднику основаніе предъявлять искъ о возстановленіи его нарушеннаго права, а потому, сколько бы лѣтъ не продолжалось въ имѣніи такое пожизненное владѣніе, не можетъ быть и рѣчи объ истеченіи за это время у наслѣдника срока на искъ о наслѣдствѣ. Но стоитъ самому пожизненному владѣльцу выйти изъ предѣловъ своихъ правъ и начать держать себя собственникомъ, какъ у наслѣдника является право на искъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ начинается и теченіе давности по этому иску. Право на искъ наслѣдникъ имѣетъ также и противъ того, кто во время существованія пожизненнаго владѣнія начинаетъ осуществлять въ имѣніи права собственника, напр. утверждается въ правахъ наслѣдства, вводится во владѣніе имѣніемъ, закладываетъ его, продаетъ и т. д. И въ этомъ случаѣ вмѣстѣ съ возникновеніемъ права на искъ, начинается для наслѣдника и теченіе давности по этому иску. Противъ каждаго, въ чьемъ неправомъ владѣніи имѣніе находится, наслѣднику принадлежитъ право на искъ и притомъ на искъ самостоятельный, независимый отъ иска противъ предыдущаго неправаго владѣльца, поскольку одинъ владѣлецъ не является правопреемникомъ другого. А потому, если послѣ 9-лѣтняго неправаго владѣнія одного, наслѣдство попадаетъ въ неправое владѣніе другого, у наслѣдника появляется новое право на искъ вмѣстѣ съ новымъ теченіемъ по нему исковой давности. Теченіе срока по иску о наслѣдствѣ должно, очевидно, прерываться и пріостанавливаться по тѣмъ же основаніямъ, какъ теченіе срока на всякій искъ. Признаніе права должно поэтому прерывать также и теченіе срока на искъ о наслѣдствѣ. Такъ, напримѣръ, если бы наслѣднику, который на 15-ый годъ послѣ открытія наслѣдства предъявляетъ объ этомъ наслѣдствѣ искъ, удалось доказать, что отвѣтчикъ еще на 7-омъ году владѣнія самъ показывалъ имѣніе принадлежащимъ ему, наслѣднику, и только послѣ этого сталъ самъ именовать себя наслѣдникомъ, то не было бы никакихъ основаній признать, что истецъ пропустилъ срокъ исковой давности, хотя бы въ то же время не подлежало никакому сомнѣнію, что онъ узналъ про открытіе наслѣдства только наканунѣ предъявленія иска, т. е. черезъ 15 лѣтъ послѣ его открытія, и, слѣдовательно, до того „принять“ наслѣдство никакъ не могъ. На время недѣеспособности управомоченнаго теченіе давности по иску о наслѣдствѣ должно быть пріостановлено. По ст. 706 уст. гр. суд. судъ не долженъ имѣть права самъ возбуждать вопроса о пропускѣ срока на предъ-

явленіе иска о наслѣдствѣ. Наконецъ, послѣдствіемъ пропуска срока на искъ о наслѣдствѣ можетъ быть только оставленіе наслѣдства въ рукахъ его владѣльца, освобожденіе сего послѣдняго уже отъ всякаго отвѣта.

Напротивъ, срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства, очевидно, не можетъ быть никакимъ инымъ, какъ преклюзивнымъ срокомъ на осуществленіе права. Теченіе такого срока начинается съ того момента, который указанъ для сего въ законѣ. А если въ законѣ на этотъ счетъ никакихъ указаній не имѣется, то съ момента, когда начинается возможность осуществленія права—ни о какомъ моментѣ нарушенія права, возникновенія иска и т. д. тутъ не можетъ быть и рѣчи. Существованіе пожизненнаго владѣнія логически не должно бы поэтому мѣшать теченію срока на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства. Правда, существованіе пожизненнаго владѣнія не даетъ наслѣднику возможности проявить свою волю принять наслѣдство самымъ простымъ и естественнымъ способомъ—путемъ фактическаго вступленія во владѣніе наслѣдствомъ. Но при несомнѣнности того, что сущность и смыслъ института принятія состоятъ не въ фактическомъ вступленіи наслѣдника во владѣніе имуществомъ, а въ проявленіи имъ воли вступить въ права и обязанности наслѣдодателя, необходимо придти къ заключенію, что обстоятельство это не можетъ служить отсрочкой для волеизъявленія,—если, конечно, срокъ на такое волеизъявленіе вообще существуетъ,—а обязываетъ лишь наслѣдника сдѣлать это волеизъявленіе въ другой формѣ. Какія бы перемѣны ни происходили въ положеніи наслѣдства, всѣ онѣ не могутъ отразиться на теченіи срока на волеизъявленіе. За десять лѣтъ со дня открытія наслѣдства наслѣдственное имѣніе могло побывать во владѣніи 10 лицъ, изъ которыхъ ни одно не признавало своего предшественника. Ни противъ одного изъ этихъ владѣльцевъ у наслѣдника не истекла исковая давность, а противъ послѣдняго теченіе ея едва только началось—наслѣднику отъ этого не будетъ легче, потому что срокъ на волеизъявленіе о принятіи течетъ совершенно въ сторонѣ отъ самаго наслѣдства и внѣ зависимости отъ фактическаго положенія наслѣдства. Или, наоборотъ, всѣ десять лѣтъ имѣніе могло оставаться во владѣніи арендатора, который получилъ имѣніе въ аренду еще отъ наслѣдодателя. Пока наслѣдникъ проживалъ гдѣ-нибудь вдали, совершенно игнорируя открывшееся для него право, самъ арендаторъ могъ вездѣ показывать имѣніе принадлежащимъ именно ему, наслѣднику. Но и это обстоятельство не можетъ имѣть никакого вліянія на теченіе

срока на волеизъявленіе наслѣдника. Пока наслѣдникъ имѣнія не принялъ, арендаторъ ни въ какомъ отношеніи не является его представителемъ и владѣніе арендатора, хотя бы отъ имени наслѣдника, не есть еще владѣніе наслѣдника. Теченіе срока на волеизъявленіе не можетъ пріостанавливаться вслѣдствіе недѣеспособности наслѣдника. Давностные сроки пріостанавливаются при недѣеспособности управомоченнаго по принципу agere non valenti non currit praescriptio. Но этотъ принципъ непримѣнимъ къ срокамъ преклюзивнымъ, точно такъ же, какъ онъ непримѣнимъ къ срокамъ договорнымъ: за недѣеспособныхъ соотвѣтствующія дѣйствія должны выполнить въ срокъ ихъ представители. Наконецъ, послѣдствіемъ истеченія срока на волеизъявленіе, именно потому, что такой срокъ, если существуетъ, течетъ въ сторонѣ и совершенно независимо отъ фактическаго положенія наслѣдства, должно быть не укрѣпленіе положенія фактическаго владѣльца, а открытіе наслѣдства для слѣдующаго наслѣдника. Для этого новаго наслѣдника должно открыться новое теченіе срока на принятіе. Съ момента принятія право его на наслѣдство будетъ возведено къ моменту открытія наслѣдства. Иски же его къ фактическимъ владѣльцамъ наслѣдства будутъ обсуждаться по общимъ началамъ исковой давности.

Смѣшивать между собой срокъ на искъ о наслѣдствѣ и срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства возможно развѣ только съ точки зрѣнія теоріи общей или отвлеченной давности съ ея ученіемъ о всеобъемлющемъ вліяніи времени на всѣ вообще права и отношенія. По этой теоріи существуетъ институтъ давности, единый и всеобъемлющій, сущность котораго заключается въ томъ, что всякое право, которое можетъ быть вообще пріобрѣтаемо, можетъ быть также пріобрѣтаемо путемъ осуществленія его въ теченіе давностнаго срока; и наоборотъ, всякое право погашается вслѣдствіе непользованія имъ или промолчанія о немъ въ теченіе давностнаго срока. Съ точки зрѣнія этой теоріи дѣйствительно нѣтъ разницы между срокомъ на искъ о наслѣдствѣ и срокомъ на волеизъявленіе о желаніи принять наслѣдство, ибо и тотъ, кто не предъявлялъ иска о наслѣдствѣ, и тотъ, кто не принималъ наслѣдства, одинаково не осуществляли своихъ правъ, а въ этомъ и заключается по этой теоріи сущность давности. Но съ точки зрѣнія этой теоріи, нѣтъ никакой разницы и между природой срока на искъ по заемному письму и, напримѣръ, природой срока на выкупъ родового имѣнія. Съ точки зрѣнія этой теоріи всѣ вообще права являются срочными и разница между ними существуетъ только въ продолжи-

тельности срока: срокъ права по заемному письму равенъ десяти годамъ, срокъ права выкупа тремъ, а срокъ права требовать по ст. 1424 т. X. уничтоженія купчей крѣпости вслѣдствіе неуплаты покупной цѣны—семи днямъ. Эта теорія общей или отвлеченной давности, возникшая подъ вліяніемъ школы естественнаго права и отразившаяся на опредѣленіяхъ понятія давности во французскомъ и австрійскомъ уложеніяхъ, по свидѣтельству Энгельмана[1]), никогда не имѣла никакого вліянія на русское право. А нынѣ отъ этой теоріи вообще ничего не осталось—ни въ литературѣ, ни въ судебной практикѣ, ни въ новыхъ законодательствахъ. Вовсе невѣрно, будто путемъ фактическаго осуществленія въ теченіе давностнаго срока можно пріобрѣсти всякое право, которое вообще можетъ быть пріобрѣтаемо. По русскому праву, напримѣръ, можно пріобрѣсти по давности право собственности, но уже нельзя пріобрѣсти по давности сервитуты и тѣмъ болѣе нельзя пріобрѣсти по давности права личныя или семейныя. А съ другой стороны, вовсе невѣрно, будто всякое право должно быть осуществлено въ теченіе заранѣе установленнаго давностнаго срока, по окончаніи котораго оно само собой уже прекращается. Нормально всякое право есть право безсрочное. Право требованія по заемному письму принадлежитъ кредитору не въ теченіе 10 лѣтъ, а безъ всякаго ограниченія временемъ, пока требованіе не будетъ удовлетворено. Гибнетъ же это право черезъ 10 лѣтъ не потому, что оно съ самаго начала было ограничено 10 годами, а потому, что нарушеніе его въ теченіе десяти лѣтъ не вызвало иска, хотя искъ былъ возможенъ и нуженъ. Десять лѣтъ есть не мѣра для права, а мѣра того количества времени, которое должно продолжаться нарушеніе права для того, чтобы возстановленіе его оказалось невозможнымъ. Существуетъ такимъ образомъ давность не на осуществленіе права, а на искъ о правѣ, исковая давность. Отсюда и послѣдствія. Давность не течетъ, пока не возникло право на искъ, она прерывается признаніемъ права, частичнымъ исполненіемъ, она пріостанавливается вслѣдствіе недѣеспособности. Ничего общаго съ давностью не имѣютъ тѣ сроки, которые ограничиваютъ самое бытіе права, продолжительность его существованія. Истеченіе этихъ сроковъ не погашаетъ права, ибо только до ихъ истеченія право и существовало. Право тутъ не погашается, а въ буквальномъ смыслѣ слова *истекаетъ*, кончается. Право выкупа существуетъ только три года, а по исте-

---

[1]) О давности, стр. 115 и сл.

ченіи трехъ лѣтъ кончается, хотя бы его никто не нарушилъ (да его и нельзя нарушить), или хотя бы противная сторона его прямо признавала и, напримѣръ, вела переговоры о его осуществленіи. Точно такъ же кончается черезъ семь дней право требовать уничтоженія купчей по ст. 1424, черезъ недѣлю или мѣсяцъ право явки домоваго заемнаго письма по ст. 2036. Ничего общаго съ давностными сроками, опредѣляющими мѣру времени, въ теченіи котораго должно продолжаться нарушеніе права, самого по себѣ безсрочнаго, для того, чтобы возстановленіе его стало невозможнымъ, эти сроки не имѣютъ. Теченіе ихъ поэтому и не подчинено правиламъ о теченіи давностныхъ сроковъ, какъ не подчинено имъ теченіе сроковъ договорныхъ. Только подобнымъ срокомъ, ничего общаго не имѣющимъ со сроками давностными, и можетъ быть срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства [1]).

Несмотря на всю огромную теоретическую и практическую разницу между понятіемъ давностнаго срока на искъ о наслѣдствѣ и понятіемъ преклюзивнаго срока на принятіе наслѣдства, понятія эти постоянно смѣшиваются какъ въ юридической литературѣ, такъ и въ судебной практикѣ. Вотъ примѣръ изъ области литературы. Анненковъ пишетъ: „Нѣкоторые наши цивилисты касались вопроса о томъ срокѣ, въ теченіе котораго должно считаться допустимымъ *принятіе наслѣдства*. Такъ, по мнѣнію Васковскаго... то-то. По мнѣнію Тиблера... то-то... Болѣе подробному разсмотрѣнію вопросъ *этотъ* былъ подвергнутъ Энгельманомъ въ его сочиненіи „О давности по русскому гражданскому праву", въ которомъ онъ по отношенію опредѣленія сроковъ на *отысканія наслѣдства* предлагаетъ различать два вида *исковъ* о наслѣдствѣ: а)... и б)".

А вотъ примѣръ изъ судебной практики. Въ дѣлѣ, изложенномъ въ рѣшеніи сената 1901 г. № 109, искъ о наслѣдствѣ былъ предъявленъ черезъ 12 лѣтъ послѣ производства публикацій о вызовѣ наслѣдниковъ, но всего черезъ три года послѣ достиженія наслѣд-

---

1) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, доказалъ, что среди этихъ сроковъ слѣдуетъ въ свою очередь различать такіе, которые ограничиваютъ бытіе уже существующаго права (напр., срокъ 1424 ст. т. X ч. 1) и такіе, которые опредѣляютъ время, въ теченіе котораго можетъ быть совершено дѣйствіе или сдѣлано заявленіе, изъ которыхъ должно родиться новое право (напр. срокъ ст. 2036). Послѣднимъ срокамъ онъ и присваиваетъ названіе преклюзивныхъ. Срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства, несомнѣнно, является срокомъ послѣдняго рода. Онъ поэтому и называется въ текстѣ преклюзивнымъ.

никомъ совершеннолѣтія. Судебная палата нашла, что давность по иску за силою 2 ст. прил. къ ст. 694 не истекла, а дальше разсуждаетъ такъ: „Хотя 1257 ст. и возлагаетъ на назначенныхъ надъ малолѣтнимъ опекуновъ обязанность *изъявлять согласіе* за малолѣтнихъ *на принятіе* ими наслѣдства, но законъ этотъ не можетъ быть примѣненъ къ настоящему дѣлу, по которому не установлено, чтобы у Саламановыхъ были назначенные надъ ними опекуны, а также потому, что давность для малолѣтнихъ останавливается и въ томъ случаѣ, если опекуны не исполнили обязанностей своихъ по своевременной *защитѣ* правъ опекаемыхъ“.

При всеобщемъ смѣшеніи понятій срока на принятіе наслѣдства и срока на искъ о наслѣдствѣ, приходится съ осторожностью относиться ко всякому сужденію, касающемуся обоихъ понятій, ибо нельзя въ точности знать, къ чему авторъ относитъ свое сужденіе: къ сроку на принятіе наслѣдства или къ сроку на искъ о наслѣдствѣ. „Принятіе наслѣдства, говоритъ проф. Шершеневичъ въ своемъ „Учебникѣ русскаго гражданскаго права“ [1]), должно быть совершено въ теченіе установленнаго срока. Наслѣдникъ, не принявшій наслѣдства въ теченіе десяти лѣтъ со времени вызова наслѣдниковъ, или, если вызова не было, со времени открытія наслѣдства, теряетъ самое наслѣдственное право (т. X ч. 1 ст.ст. 1162 и 1244)“. Итакъ, мы имѣемъ какъ будто самый категорическій отвѣтъ, что срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства у насъ существуетъ и что срокъ этотъ равенъ десяти годамъ. Но проф. Шершеневичъ ничего не говоритъ о срокѣ на искъ о наслѣдствѣ и можно еще усомниться, дѣйствительно ли Шершеневичъ хотѣлъ сказать, что наслѣдникъ долженъ въ теченіе 10 лѣтъ изъявить свою волю принять наслѣдство, а не то, что искъ его о наслѣдствѣ погашается 10 годами, при наличности, конечно, всѣхъ прочихъ условій исковой давности.

Вопросъ о срокѣ на принятіе наслѣдства пріобрѣтаетъ такимъ образомъ слѣдующій смыслъ: дѣйствительно ли существуетъ въ русскомъ правѣ, кромѣ срока на искъ о наслѣдствѣ, еще особый преклюзивный срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства? И отвѣтъ, который законъ даетъ на этотъ вопросъ, есть такой: никакого срока, въ теченіе котораго наслѣдникъ былъ бы обязанъ осуществить свое право наслѣдованія, не установлено. Право принять открывшееся наслѣдство, какъ всякое право, есть право без-

---

[1]) Стр. 734 по 5-му изд.

срочное. Но это не значитъ, что, когда бы наслѣдникъ ни явился, онъ всегда можетъ получить наслѣдство. Волеизъявленіе о принятіи наслѣдства, когда бы оно ни было сдѣлано, будетъ возведено къ моменту открытія наслѣдства. И тутъ-то можетъ обнаружиться, что желаніе принять наслѣдство явилось у наслѣдника слишкомъ поздно, что всѣ сроки на *истребованіе* наслѣдства изъ чужого владѣнія уже прошли. Въ этомъ случаѣ наслѣдникъ дѣйствительно потеряетъ наслѣдство, но не въ силу того, что онъ пропустилъ срокъ на принятіе, а въ силу того, что онъ пропустилъ срокъ на искъ о наслѣдствѣ. Если же срокъ на искъ почему-либо не истекъ, то наслѣдникъ получитъ наслѣдство, какъ бы поздно онъ не изъявилъ желаніе осуществить свое право.

Корень всѣхъ недоразумѣній, вызывающихъ мнѣніе, будто по нашему закону наслѣдникъ обязанъ въ теченіе десяти лѣтъ осуществить свое наслѣдственное право, а въ противномъ случаѣ теряетъ его, лежитъ, несомнѣнно, въ терминологіи нашего закона, въ статьяхъ, говорящихъ о вызовѣ наслѣдниковъ (ст.ст. 1239—1253 т. X ч. 1). Въ самомъ дѣлѣ, въ статьяхъ этихъ постоянно говорится о „явкѣ“ наслѣдниковъ, о „полученіи“ ими наслѣдства, а въ ст. 1246 прямо сказано, что кто въ теченіе десятилѣтняго срока не явится для полученія наслѣдства, тотъ лишается онаго навсегда. Получается такимъ образомъ впечатлѣніе, что наслѣдники должны въ теченіе десяти лѣтъ непремѣнно явиться за полученіемъ наслѣдства, т. е. для фактическаго осуществленія своихъ правъ на наслѣдство, совершенно независимо отъ того, нарушалъ ли кто-либо за это время ихъ права, была ли у нихъ надобность и возможность предъявленія иска и т. д. Въ силу ст. 1246 лишается какъ будто наслѣдства навсегда не только тотъ, кто въ теченіе десяти лѣтъ не предъявлялъ иска о возстановленіи своего нарушеннаго наслѣдственнаго права, а всякій, кто не осуществилъ въ теченіе этого срока своихъ наслѣдственныхъ правъ.

Прежде всего необходимо отмѣтить, что если бы въ ст. 1246 дѣйствительно содержалось правило объ обязательномъ осуществленіи наслѣдникомъ своихъ правъ въ теченіе десяти лѣтъ, то правило это во всякомъ случаѣ не имѣло бы ничего общаго съ системой принятія наслѣдства, этой системой нисколько бы не обусловливалось, а совершенно мирилось бы и съ системой отреченія. Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что русское право держалось бы системы отреченія, въ силу которой наслѣдникъ дѣлается собственникомъ наслѣдства уже въ самый моментъ открытія. И тогда его

могло бы остаться существовать правило, что наслѣдникъ долженъ въ теченіе 10 лѣтъ фактически осуществить свое право подъ страхомъ его потери. Правило это не имѣло бы также ничего общаго съ давностью, ибо, какъ указывалось выше, русское право никогда не знало и нынѣ не знаетъ института отвлеченной давности, въ силу которой всякое право погашается вслѣдствіе неосуществленія его въ теченіе давностнаго срока, а знаетъ только давность на искъ. При дѣйствіи такого рода правила наслѣдникъ могъ бы лишиться наслѣдства, даже если бы было несомнѣнно, что онъ неоднократно изъявлялъ желаніе принять наслѣдство, ибо по этому правилу важно не желаніе воспользоваться правомъ, а фактическое его осуществленіе. Это было бы правиломъ совсѣмъ особаго рода, не имѣющимъ ничего общаго ни съ принятіемъ, ни съ давностью.

Ближайшее разсмотрѣніе источниковъ ст.ст. 1241, 1243, 1244 и 1246, въ которыхъ говорится о десятилѣтнемъ срокѣ на явку за полученіемъ наслѣдства, показываетъ, однако, что никакого особаго правила о непремѣнномъ осуществленіи наслѣдственнаго права въ теченіе 10 лѣтъ въ этихъ статьяхъ не содержится и что весь смыслъ этихъ статей сводится къ тому единственному положенію, что искъ о наслѣдствѣ такъ же, какъ искъ о всякомъ иномъ правѣ, погашается десятилѣтней давностью.

Древнѣйшимъ источникомъ, показаннымъ подъ этими статьями, являются ст.ст. 7—10 инструкціи канцеляріи конфискаціи 7 августа 1730 г. (п. с. з. 5601). Вотъ текстъ этихъ статей:

„7) Понеже всѣ выморочныя имѣнія Ея Императорскому Величеству принадлежатъ, того ради ежели такія выморочныя движимыя и недвижимыя имѣнія деньги и долговыя претензіи въ губерніяхъ и провинціяхъ имѣются, или впредь случиться могутъ, о томъ изъ тѣхъ мѣстъ въ канцелярію конфискаціи, немедленно присылать обстоятельныя вѣдомости, и ожидать указа, какъ съ тѣмъ поступать. А между тѣмъ такія имѣнія брать губернатору или воеводѣ въ свое вѣдомство, и по данной изъ той канцеляріи формѣ дѣлать обстоятельныя описи, и притомъ быть двумъ или тремъ человѣкамъ изъ сосѣдей, въ чемъ они по опредѣленію губернаторскому или воеводскому отговариваться не имѣютъ, и оный протоколъ купно съ присутствующими при томъ служителями, подписывать должны.

8) По полученіи тѣхъ вѣдомостей, должна оная канцелярія прибитыми указами о тѣхъ выморочныхъ имѣніяхъ трижды публи-

ковать; дабы отсутствующему, который по свойству, или другому какому случаю, до тѣхъ имѣній какое дѣло имѣетъ, тѣ бъ немедленно явились и доказывали о томъ письменно.

9) Будетъ же кто явится и надлежащимъ образомъ докажетъ, что тѣ имѣнія всѣ или часть оныхъ надлежитъ ему подлинно, тогда тѣ выморочныя имѣнія и со всѣми съ того времени, какъ въ вѣдомство взяты, накопившимися доходами, буде какіе были, отдать ему. Однако изъяны отъ того, что они въ сохраненіи были, учинившіеся, онъ заплатить имѣетъ, а больше тѣхъ изъяновъ, какъ по одному проценту со ста не брать.

10) А буде по выписанной публикаціи никто не явится, или хотя и явится, а подлинно не докажетъ, то такія имѣнія отписывать на Ея Императорское Величество, и движимое имѣніе по 2-му, 3-му и 4-му пунктамъ продавать же по силѣ слѣдующаго пункта“.

Итакъ, въ силу этихъ статей, имѣніе, къ которому не оказывалось наличныхъ наслѣдниковъ, немедленно забиралось въ казну въ качествѣ выморочнаго. Владѣніе казны носило характеръ не опеки, учреждаемой въ интересахъ отсутствующихъ наслѣдниковъ, а являлось владѣніемъ отъ своего имени, въ силу собственнаго выморочнаго права („понеже всѣ выморочныя имѣнія Ея Императорскому Величеству принадлежатъ“). Владѣніе казны не преграждало однако законному наслѣднику возможности явиться и потребовать имѣніе себѣ. Явиться наслѣдникъ могъ въ теченіе какого угодно срока. Но имѣніе выдавалось ему не прежде, чѣмъ дѣло его не проходило весь тотъ путь, какой вообще существовалъ въ то время для дѣлъ частныхъ лицъ съ казною. Самая передача имѣнія наслѣднику носила характеръ отсужденія казеннаго имѣнія въ частную собственность и не могла быть произведена безъ Высочайшаго соизволенія. Явка наслѣдника за своимъ имѣніемъ была такимъ образомъ по нашей обычной терминологіи настоящимъ искомъ о наслѣдствѣ. Исторія одного такого процесса изложена въ одномъ изъ слѣдующихъ источниковъ статей 1241 и 1246 — въ сенатскомъ указѣ 10 іюня 1827 г. (п. с. з. 1163).

Вторымъ по времени источникомъ статей, говорящихъ о явкѣ за полученіемъ наслѣдства, является сенатскій указъ отъ 4 апрѣля 1767 г. (п. с. з. 12864). Въ порядокъ, установленный инструкціей 1730 г., указъ этотъ внесъ то измѣненіе, что выморочныя имѣнія стали приниматься на корону не немедленно послѣ ихъ обнаруженія, а лишь по истеченіи 6 мѣсяцевъ со дня публикаціи о вызовѣ

наслѣдниковъ. Въ теченіе первыхъ 6 мѣсяцевъ владѣніе казны носило такимъ образомъ характеръ опеки; по истеченіи же этого срока владѣніе казны становилось владѣніемъ на собственномъ правѣ. Но и по истеченіи этихъ 6 мѣсяцевъ наслѣдники сохраняли за собою безсрочное право явиться со своимъ искомъ о наслѣдствѣ.

Третій по времени источникъ есть статья 4 извѣстнаго манифеста Екатерины II отъ 28 іюня 1787 г. (п. с. з. 16551). Вотъ текстъ этой статьи:

„Манифестомъ нашимъ отъ 17 марта 1775 года узаконивъ, что всякое дѣло или преступленіе уголовное, которое въ теченіе десяти лѣтъ не сдѣлалось гласнымъ, долженствуетъ предано быть вѣчному забвенію. Право сего 10-лѣтняго срока распространяемъ на всѣ дѣла гражданскія, какъ между частными людьми, такъ между ними и казною; и потому, о недвижимомъ или движимомъ имѣніи кто не учинилъ, или не учинитъ иска 10 лѣтъ, или, предъявя оный, 10 лѣтъ по оному не будетъ имѣть хожденія, таковый искъ да уничтожится, и дѣло да предастся вѣчному забвенію“.

Статья эта есть одновременно и единственный источникъ ст. 694 т. X ч. 1, т. е. основной статьи нашей о погасительной давности. Ни звука нѣтъ въ этой статьѣ о безотносительной потерѣ права вслѣдствіе неосуществленія его или промолчанія о немъ, а напротивъ, со всей силой и рѣзкостью подчеркнуто, что все дѣло заключается въ непредъявленіи иска и что десятилѣтній срокъ есть срокъ на искъ. Безсрочное раньше право наслѣдника на искъ къ казнѣ о своемъ имѣніи было такимъ образомъ съ 1787 г. ограничено десятью годами.

Сенатскій указъ 4 апрѣля 1767 г., коимъ было опредѣлено не брать имѣнія на корону прежде истеченія 6 мѣсяцевъ со дня публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ, вызвалъ въ провинціальныхъ палатахъ представленіе, будто по истеченіи 6-мѣсячнаго срока имѣніе уже окончательно поступаетъ въ казну безъ права наслѣдника на искъ о немъ. И вотъ сенатскимъ указомъ 10 іюня 1827 года (п. с. з. 1163) было разъяснено, что это не такъ, и что въ силу инструкціи 1730 г. и манифеста 1787 г. право наслѣдника на искъ къ казнѣ о наслѣдствѣ продолжается 10 лѣтъ. Этотъ сенатскій указъ 1827 г. составляетъ четвертый и вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдній источникъ нынѣшнихъ статей т. X. ч. 1 о явкѣ наслѣдника за полученіемъ наслѣдства по своду 1832 г.

Въ 1838 году найдено было неудобнымъ брать имѣнія въ казну, прежде чѣмъ не наступитъ увѣренность, что имѣніе не будетъ потомъ отсуждено отъ казны явившимся наслѣдникомъ. Неудобство заключалось въ особенности въ томъ, что крестьянъ, ставшихъ, по зачисленіи имѣнія въ казну, государственными, снова приходилось, въ случаѣ удачнаго для наслѣдника исхода его иска, превращать въ помѣщичьихъ. И вотъ тогда сенатскимъ указомъ (указъ 17 ноября 1838 г., п. с. з. 11748) было постановлено, что „имѣнія находящихся въ безвѣстномъ отсутствіи лицъ не прежде должны быть причисляемы въ казенное вѣдомство, какъ по истеченіи десяти лѣтъ со дня припечатанія въ вѣдомостяхъ объявленія о явкѣ къ принятію имѣнія, а до того слѣдуетъ брать ихъ только въ казенный присмотръ“. Этотъ сенатскій указъ помѣщенъ нынѣ подъ ст. 1243, какъ одинъ изъ ея источниковъ. На дѣлѣ, однако, разница между казеннымъ присмотромъ до истеченія десяти лѣтъ со дня объявленія о явкѣ и владѣніемъ казны послѣ истеченія этого срока продолжала оставатся неясной. Вслѣдствіе этого закономъ 1845 г. „о силѣ и дѣйствіи земской давности“ было постановлено редакцію статьи, нынѣ 1162, изложить такимъ образомъ, чтобы не оставалось уже сомнѣній, что имѣніе становится выморочнымъ только по истеченіи десяти лѣтъ со дня объявленія о явкѣ, и кромѣ того, дополнить эту статью новой статьей, нынѣ 1164, поясняющей, что опека надъ имуществомъ до истеченія 10 лѣтъ есть „предварительная мѣра для сохраненія имущества, которое хотя не есть еще выморочное, но можетъ быть въ послѣдствіи признано таковымъ“ [1]).

Исторія и содержаніе источниковъ, изъ которыхъ составлены ст.ст. 1244 и 1246, разъясняютъ намъ смыслъ понятія „явка за полученіемъ наслѣдства“. Подъ явкой за полученіемъ наслѣдства сначала подразумѣвалось предъявленіе наслѣдникомъ казнѣ требованія о выдачѣ ему поступившаго въ казну на выморочномъ правѣ наслѣдства. Это требованіе было настоящимъ искомъ о наслѣдствѣ. Давность по этому иску начиналась съ момента поступленія имѣнія въ казенное вѣдомство, совпадавшаго съ моментомъ послѣдней публикаціи. Тотъ же, кто являлся послѣ 10 лѣтъ, терялъ уже имѣніе навсегда въ пользу казны. Такъ именно и было сказано въ ст. 767 т. X, по изд. 1832 г. (нынѣ ст. 1246): „Пропустившій

1) См. объ этомъ Объяснительную записку къ пр. гр. ул. кн. 4 стр. 110 сл.

10-лѣтній срокъ для явки къ полученію наслѣдства лишается онаго навсегда *въ пользу казны*". А съ того времени, какъ имѣнія, къ которымъ не явились наслѣдники, стали предварительно, до истеченія десяти лѣтъ, передаваться въ казенный присмотръ, явка получила смыслъ требованія, обращеннаго къ казенному вѣдомству, въ присмотръ котораго имѣніе отдано. Этотъ казенный присмотръ есть владѣніе не въ интересахъ и отъ имени наслѣдника, а въ интересахъ того учрежденія, которому имѣніе должно въ будущемъ быть отдано по выморочному праву. Это явствуетъ изъ самаго основанія, по которому рѣшено предварительно отдавать имѣніе въ казенный присмотръ. Сдѣлано это было не въ интересахъ наслѣдника и не въ умаленіе выморочному праву, а исключительно для того, чтобы избавить учрежденіе, которому имѣніе по выморочному праву причитается, отъ риска и осложненій, связанныхъ съ обратной выдачей имѣнія наслѣднику. Это затѣмъ прямо выражено въ ст. 1164. Требованіе къ казнѣ о выдачѣ имѣнія изъ присмотра получило тотъ же смыслъ, какой раньше, до введенія института казеннаго присмотра, имѣло требованіе къ казнѣ, прямо взявшей себѣ имѣніе по выморочному праву. Вслѣдствіе этого и давность на требованіе имѣнія изъ казеннаго присмотра течетъ уже въ пользу учрежденія, которому имѣніе должно быть передано по выморочному праву. Какъ только истекаетъ десять лѣтъ со дня поступленія имѣнія въ казенный присмотръ, имѣніе передается подлежащему учрежденію по выморочному праву и это учрежденіе уже въ моментъ принятія имѣнія оказывается вооруженнымъ противъ наслѣдника возраженіемъ о пропускѣ исковой давности. Такимъ образомъ и нынѣ явка за полученіемъ наслѣдства имѣетъ все тотъ же узкій смыслъ предъявленія своихъ требованій къ казнѣ, присматривающей за имѣніемъ до окончательнаго объявленія его выморочнымъ. И послѣдствіемъ такой неявки въ теченіе 10 лѣтъ дѣйствительно можетъ и должна быть потеря имѣнія въ пользу казны, вслѣдствіе истеченія исковой давности. Ст. 1246 тѣсно связана со статьями 1243 и 1244. Въ ней излагаются тѣ послѣдствія, какія имѣетъ неявка отсутствующаго наслѣдника въ случаѣ, когда его имѣніе взято въ казенный присмотръ. По отношенію же къ случаямъ, когда имѣніе въ казенный присмотръ вовсе не взято, а напр. отдано кому-нибудь изъ дальнихъ родственниковъ, законъ даже термина „явка за полученіемъ наслѣдства" не употребляетъ. Въ этомъ случаѣ законъ въ ст. 1241 прямо говоритъ о „*споръ*" въ установленные сроки. Споръ въ установленный срокъ

уже несомнѣнно есть искъ въ теченіе срока исковой давности. Источники же ст. 1241 тѣ же, что и ст.ст. 1244 и 1246.

Тотъ фактическій составъ, какой имѣется въ виду закономъ въ статьяхъ 1241—1246, служитъ также къ пониманію истиннаго смысла ст. 1265 т. X ч. 1, второй пунктъ которой самъ по себѣ является весьма загадочнымъ. Въ самомъ дѣлѣ статья 1265 гласитъ: „Отреченіемъ отъ наслѣдства признается: 1) . . . 2) когда отсутствующіе наслѣдники по учиненнымъ вызовамъ не явятся для принятія наслѣдства въ установленные сроки". По буквальному смыслу этого пункта выходитъ какъ будто такъ, что неявка въ теченіе десяти лѣтъ равносильна отреченію наслѣдника отъ своихъ правъ. Итакъ, неявка наслѣдника есть какъ будто нѣчто большее, чѣмъ непредъявленіе имъ иска: это—прямое его отреченіе. Можно подумать, что тутъ то мы и имѣемъ прямое постановленіе закона, что принятіе наслѣдства возможно только въ теченіе 10 лѣтъ. Однако прежде всего необходимо замѣтить, что даже буквальный смыслъ 2 п. ст. 1265 не только не въ состояніи поддержать теоріи срочности права принятія, а напротивъ, самъ по себѣ показываетъ ея неправильность. Ибо если бы, дѣйствительно, по нашему закону принятіе наслѣдства было возможно только въ теченіе 10 лѣтъ, а послѣ десяти лѣтъ право принятія прекращалось, то невозможно было бы говорить, что неявка наслѣдника въ теченіе 10 лѣтъ означаетъ его отреченіе: наслѣдникъ не можетъ отрекаться отъ права, котораго у него уже нѣтъ. Если законъ говоритъ, что неявка въ теченіе десяти лѣтъ признается отреченіемъ, то онъ очевидно тѣмъ самымъ признаетъ, что само по себѣ право принятія есть право безсрочное и что для признанія его погашеннымъ необходимо презюмировать отреченіе. Несомнѣнно затѣмъ, что наслѣднику должно быть дано право опровергнуть презумпцію, которую за его счетъ строитъ законъ, и доказать, что неявка его объяснялась вовсе не тѣмъ, что онъ отрекся отъ наслѣдства, а другими причинами, напримѣръ тѣмъ, что онъ не зналъ про открывшееся наслѣдство или считалъ безполезнымъ немедленную явку, потому что имѣніе находилось въ пожизненномъ владѣніи и т. д. Право наслѣдника опровергнуть эту презумпцію его отреченія тѣмъ менѣе можетъ у насъ подлежать сомнѣнію, что, по разъясненію сената, даже формальное отреченіе наслѣдника, заявленное имъ предъ судомъ и принятое судомъ къ свѣдѣнію, тоже создаетъ лишь презумпцію отреченія, которая можетъ быть потомъ опровергнута фактическимъ поведеніемъ наслѣдника (1910 г.

№ 108). Правильнѣе однако думать, что законъ вообще не имѣлъ въ виду въ ст. 1265 ни устанавливать срочность принятія, ни вводить какія-либо презумпціи отреченія, а хотѣлъ лишь выразить ту мысль, что неявка наслѣдника по вызову въ теченіе 10 лѣтъ за наслѣдствомъ, поступившимъ въ казенный присмотръ по ст. 1243 или переданнымъ явившимся наслѣдникамъ по ст. 1241, влечетъ за собою для этого наслѣдника (въ силу общаго принципа ст. 694) такія же послѣдствія, какъ отреченіе его отъ наслѣдства. На это указываетъ прямая ссылка на статью, нынѣ 1241—1246, которая въ сводѣ 1832 г. имѣлась при статьѣ, нынѣ 1265. На это, кромѣ того, указываетъ также и то обстоятельство, что подъ статьей, нынѣ 1265, не указано никакихъ источниковъ, а сдѣлана лишь ссылка на узаконенія подъ слѣдующими статьями. Статья, очевидно, составлена Сперанскимъ для цѣлей систематизаціи.

Въ судебной практикѣ теорія десятилѣтняго срока на принятіе наслѣдства не привела пока къ особенно вреднымъ послѣдствіямъ, главнымъ образомъ вслѣдствіе двухъ причинъ. Во-первыхъ, судебная практика всегда инстинктивно чувствовала связь срока для явки за полученіемъ наслѣдства, о которомъ говорится въ ст. 1246, съ общимъ срокомъ десятилѣтней земской давности. Вслѣдствіе этого судебная практика, называя срокъ ст. 1246 срокомъ на принятіе наслѣдства, въ то же время всегда усиленно подчеркивала, что срокъ этотъ есть срокъ давностный. Конечно, давностный срокъ на волеизъявленіе о принятіи наслѣдства есть вещь юридически немыслимая, содержащая въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Но это обстоятельство все же дало судебной практикѣ возможность внести нѣкоторое смягченіе въ строгое требованіе точнаго соблюденія десятилѣтняго срока и, въ частности напримѣръ, признать, что срокъ этотъ пріостанавливается на время несовершеннолѣтія наслѣдника (рѣш. 1901 г. № 109), или что вопросъ о пропускѣ этого срока не можетъ быть возбужденъ судомъ ex officio (рѣш. 1909 г. № 92).

А затѣмъ отъ особенныхъ ошибокъ спасло судебную практику то обстоятельство, что чаще всего тотъ, кто пропустилъ десятилѣтній срокъ на принятіе наслѣдства, одновременно является пропустившимъ также и десятилѣтній срокъ на искъ о наслѣдствѣ, а потому отказъ ему въ искѣ является въ конечномъ итогѣ правильнымъ. Съ этой точки зрѣнія можно примириться даже съ рѣшеніемъ сената 1886 г. № 15, въ которомъ требованіе точнаго соблюденія 10-лѣтняго срока на принятіе доведено на словахъ до послѣдней

крайности. Обстоятельства этого дѣла слѣдующія. Умерла бездѣтная дѣвица Анисья Хорошавина. По ст. 1141 т. X ч. 1 имущество ея было передано въ пожизненное владѣніе ея матери, а по ст. 1239 наслѣдники были вызваны публикаціями. На зовъ явился дядя ея, Петръ Хорошавинъ, который и былъ утвержденъ въ правахъ наслѣдства. Когда черезъ 11 лѣтъ умерла пожизненная владѣлица, явился другой дядя Хорошавиной, Өедоръ, и потребовалъ отъ Петра половины наслѣдства. Противъ указанія Петра на пропускъ десятилѣтняго срока на принятіе наслѣдства, Өедоръ возражалъ соображеніемъ, что теченіе срока на принятіе начинается только съ момента прекращенія пожизненнаго владѣнія, ибо во время существованія пожизненнаго владѣнія наслѣдникъ просто не имѣетъ возможности принять наслѣдство: владѣть и пользоваться имѣніемъ въ личную себѣ прибыль наслѣднику на это время прямо запрещено. Сенатъ нашелъ, что и при существованіи пожизненнаго владѣнія наслѣдникъ можетъ продать имѣніе, заложить его, ввестись во владѣніе имѣніемъ, участвовать въ составленіи описи, по которой имѣніе передается пожизненному владѣльцу, и продѣлать еще нѣкоторыя вещи. Такимъ образомъ, разсуждаетъ сенатъ, наслѣдникъ можетъ еще и при существованіи пожизненнаго владѣнія проявить свои качества наслѣдника, а слѣдовательно нѣтъ основаній пріостанавливать на время существованія пожизненнаго владѣнія теченіе срока на принятіе. Вслѣдствіе этого сенатъ призналъ отказъ Өедору въ искѣ правильнымъ. Получается, такимъ образомъ, рѣшеніе какъ будто явно неправильное: человѣку отказали въ искѣ за то, что онъ пропустилъ срокъ на принятіе, каковаго срока на самомъ дѣлѣ вовсе не существуетъ. Стоитъ, однако, перенести только вниманіе съ Өедора Хорошавина на Петра, чтобы все дѣло предстало въ совершенно иномъ видѣ. Съ момента утвержденія Петра въ правахъ наслѣдства для Өедора возникло несомнѣнное право предъявить къ нему искъ. Петръ утвердился въ правахъ къ имуществу, которое въ половину принадлежало Өедору. Съ момента утвержденія въ правахъ наслѣдства Петръ получилъ возможность продать все наслѣдство, заложить его въ цѣломъ составѣ. Наконецъ, въ силу утвержденія въ правахъ наслѣдства, Петръ получилъ возможность сейчасъ же послѣ окончанія пожизненнаго владѣнія вступить во владѣніе и пользованіе всѣмъ наслѣдствомъ. Все это несомнѣнно нарушало права Өедора, о возстановленіи которыхъ Өедоръ могъ и долженъ былъ предъявить искъ. Существованіе пожизненнаго владѣнія никакимъ пре-

пятствіемъ для такого иска не было. И если Ѳедоръ тѣмъ не менѣе въ теченіе 11 лѣтъ иска не предъявлялъ, то онъ дѣйствительно потерялъ свое право навсегда.

Однако, это же самое рѣшеніе 1886 г. № 15 показываетъ, до какой степени фразеологія о срокѣ на принятіе наслѣдства является одновременно и опасной. Ибо представимъ себѣ, что и Петръ Хорошавинъ въ правахъ наслѣдства вовсе не утверждался, а такъ же, какъ и Ѳедоръ, сидѣлъ и дожидался, пока окончится пожизненное владѣніе, для того, чтобы тогда уже фактически осуществить свое наслѣдственное право. Очевидно, что сенатъ, оставаясь въ строѣ своихъ идей, въ этомъ случаѣ долженъ былъ бы признать, что потерялъ свое право уже не только Ѳедоръ, но и Петръ и что наслѣдство или заново открылось для какого-нибудь болѣе дальняго родственника, или вовсе стало выморочнымъ. Хорошавины были бы лишены своихъ правъ за то, что не имѣя никакого къ тому повода, не заложили своего наслѣдства, не продали его и не ввелись имъ во владѣніе (хотя оно было движимое).

Къ разбору тѣхъ ошибокъ, къ которымъ уже привела нашу судебную практику ложная теорія о десятилѣтнемъ срокѣ на принятіе наслѣдства, мы еще собираемся когда-либо вернуться.

По окончаніи доклада открылись пренія.

А. Г. Гойхбаргъ, признавая докладъ въ высшей степени интереснымъ, не можетъ все же согласиться съ нѣкоторыми его положеніями. Неправильно, напримѣръ, утвержденіе докладчика, что наша судебная практика твердо придерживается положенія о необходимости принять наслѣдство въ теченіе десяти лѣтъ со дня открытія его. Наша судебная практика придерживается совершенно иного положенія, которое можно формулировать, въ противовѣсъ тезису докладчика объ отсутствіи у насъ срока на принятіе наслѣдства, слѣдующими словами: если не было публикацій, нѣтъ и срока на принятіе наслѣдства; публикація была произведена—такой срокъ есть, именно равный 10 годамъ со времени производства послѣдней публикаціи (а по закону 1912 г. о публикаціяхъ—со времени первой и единственной публикаціи). Такимъ образомъ, наша судебная практика не придерживается ни мнѣнія докладчика о полномъ отсутствіи срока на принятіе наслѣдства, ни совер-

шенно неправильнаго мнѣнія проф. Шершеневича, полагающаго, что такой срокъ всегда существуетъ и равенъ 10 годамъ со времени публикаціи или, если публикаціи произведено не было, со времени открытія наслѣдства. Взглядъ сената яснѣе всего выразился въ рѣшеніи 1908 г. № 16 по дѣлу о наслѣдствѣ Ахматова, умершаго въ 1803 г. Хотя наслѣдники просили въ данномъ дѣлѣ объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства только спустя 94 года послѣ смерти Ахматова, судъ утвердилъ ихъ въ правахъ наслѣдства. Затѣмъ искъ казны объ отобраніи у нихъ наслѣдства, какъ выморочнаго, инстанціями, разсматривавшими дѣло по существу, удовлетворенъ не былъ, въ виду того, что публикаціи были произведены только въ 1889 г. Сенатъ оставилъ это рѣшеніе въ силѣ, хотя казна ссылалась на публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ—впрочемъ, не для принятія наслѣдства, а для выслушанія судебныхъ рѣшеній—производились неоднократно, начиная съ 1803 г. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ разрѣшаетъ вопросъ о юридической природѣ публикацій о вызовѣ наслѣдниковъ къ принятію наслѣдства въ томъ смыслѣ, что „послѣдняго рода публикація приглашаетъ ихъ явиться для принятія извѣстнаго наслѣдственнаго имущества“, „что неявка по вызову къ принятію наслѣдства влечетъ за собою ...потерю самаго права на наслѣдство“. И такой взглядъ нашей судебной практики существуетъ уже очень давно. Еще въ рѣшеніи отъ 8 іюля 1847 г. по дѣлу крестьянъ вотчины премьеръ-маіора Кутузова объ отысканіи свободы, сенатъ призналъ за наслѣдниками, не предъявлявшими своихъ правъ на наслѣдство въ теченіе 34 лѣтъ, съ 1798 г. по 1832 г., право на это наслѣдство, именно въ виду того, что не были произведены публикаціи. И этотъ взглядъ сената основанъ на точномъ смыслѣ ст. ст. 1162 и 1265 т. X ч. I, согласно которымъ, въ случаѣ неявки наслѣдниковъ по вызовамъ въ теченіе 10 лѣтъ, наслѣдственное имущество становится выморочнымъ, становится собственностью казны или соотвѣтственныхъ учрежденій, а слѣдовательно, наслѣдники утрачиваютъ право на такое наслѣдство. Неправильна далѣе оцѣнка докладчикомъ рѣшенія 1900 г. № 36 по дѣлу Лотоцкихъ, въ которомъ сенатъ устанавливаетъ, якобы, то положеніе, что началомъ теченія исковой давности по иску наслѣдника объ отобраніи имущества, находящагося въ чужомъ владѣніи, признается всегда моментъ

открытія наслѣдства, а не моментъ, въ который actio nata est. Въ этомъ рѣшеніи говорится иное: отмѣняя рѣшеніе судебной палаты, сенатъ подчеркиваетъ голословность утвержденія палаты, что отвѣтчики владѣли имуществомъ только съ 1887 г., въ то время, какъ изъ дѣла видно, что они на самомъ дѣлѣ владѣютъ имуществомъ съ самой смерти наслѣдодателя. Слѣдовательно, сенатъ указываетъ на то, что въ данномъ случаѣ моментъ, въ который actio nata est, и моментъ наслѣдства совпадаютъ. Но если бы утвержденіе палаты о томъ, что отвѣтчики владѣютъ имуществомъ съ 1887 г., не было голословнымъ, то ясно было, что сенатъ именно этотъ послѣдній моментъ и призналъ бы началомъ теченія исковой давности для иска наслѣдника объ отобранія имущества. Нельзя, наконецъ, признать правильнымъ также и послѣдній тезисъ доклада, по которому срокъ, указанный въ ст. 1246 т. X ч. I, есть только давностный срокъ для иска объ отобраніи наслѣдственнаго имущества, находящагося во владѣніи казны. По точному смыслу ст. 1162 зак. гражд., въ связи со ст. 1265 т. X ч. I, въ случаѣ неявки наслѣдниковъ въ теченіе 10 лѣтъ со дня публикаціи, имущество становится выморочнымъ, т. е. переходитъ въ собственность казны, безотносительно къ тому, находилось ли оно въ владѣніи казны, или не находилось. Кромѣ того, если имущество даже берется въ опекунское управленіе, то спустя только 6 мѣсяцевъ послѣ публикаціи—въ такомъ случаѣ, слѣдовательно, давностный срокъ равнялся бы не 10 годамъ, а только 9 съ половиною годамъ, т. е. сроку, не совпадающему съ обычнымъ давностнымъ срокомъ. Поэтому необходимо признать, что срокъ этотъ не давностный, а особый преклюзивный срокъ, исчисляемый не съ момента когда actio nata est, а съ того момента когда произведенъ былъ вызовъ, обращенный къ наслѣдникамъ и приглашающій ихъ явиться за принятіемъ наслѣдства. Кромѣ того, не слѣдуетъ забывать, что опекунское управленіе владѣетъ имуществомъ до истеченія 10 лѣтъ не для казны, и уже по одному этому нельзя считать срокъ, указанный въ ст. 1246, давностнымъ срокомъ для отобранія наслѣдственнаго имущества, находящагося во владѣніи казны.

Докладчикъ *С. I. Добринъ* отвѣтилъ на сдѣланныя ему возраженія. По его мнѣнію, оппонентъ не совсѣмъ вѣрно представляетъ себѣ взглядъ нашей судебной практики на во-

просъ о срокѣ на принятіе наслѣдства. Необходимо, прежде всего, отмѣтить, что судебная практика совершенно и безнадежно путаетъ самыя понятія срока на принятіе наслѣдства и срока на искъ о наслѣдствѣ, т. е. понятія юридически, несомнѣнно, разнородныя. Въ этомъ отношеніи сенатскія рѣшенія представляютъ собою настоящую трясину. Безпрерывно въ нихъ говорится то о давностномъ срокѣ на отысканіе наслѣдства, то о срокѣ на явку за наслѣдствомъ, то о срокѣ на принятіе наслѣдства. Переходы отъ одного термина къ другому, являющіеся одновременно и переходами отъ одного понятія къ другому, дѣлаются въ одной фразѣ, на протяженіи одной строки. При изложеніи сенатской точки зрѣнія, тотъ, кто самъ не хочетъ оказаться повиннымъ въ смѣшеніи понятій, долженъ пользоваться какимъ нибудь третьимъ терминомъ, напримѣръ, терминомъ срока въ смыслѣ ст. 1246. И вотъ этотъ-то срокъ ст. 1246, какъ совершенно ясно изложено въ рѣшеніи 1900 г. № 36, течетъ, по мнѣнію сената, и въ томъ случаѣ, если публикаціи вовсе произведены не были, течетъ съ момента открытія наслѣдства. Въ рѣшеніи 1900 г. № 36 сенатъ рѣшилъ общій вопросъ: если наслѣдникъ во время смерти наслѣдодателя не находился налицо, а публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ сдѣлано не было, то примѣнимъ-ли къ такому наслѣднику 10-лѣтній срокъ на принятіе наслѣдства, и, если примѣнимъ, то съ какого времени начинается для него теченіе этого давностнаго срока? И на этотъ вопросъ сенатомъ данъ отвѣтъ, что срокъ ст. 1246 примѣнимъ и къ такому наслѣднику, и что срокъ этотъ течетъ съ момента открытія наслѣдства. Въ рѣшеніи 1900 г. № 36 сенатъ, такимъ образомъ, нашелъ возможнымъ отступить отъ буквы закона, исчисляющей десятилѣтній срокъ именно съ момента публикаціи. Но, сдѣлавъ это по отношенію къ частнымъ лицамъ, сенатъ почему-то для казны сохранилъ въ полной мѣрѣ требованія публикацій. Это есть непослѣдовательность, которую ни въ какую систему не возвести, ибо если ст. 1162 исчисляетъ срокъ съ момента публикаціи, то вѣдь такъ-же точно дѣлаетъ и ст. 1241. Существеннымъ представляется указаніе оппонента на то, что имущество передается опекѣ только черезъ 6 мѣсяцевъ послѣ публикацій и что, такимъ образомъ, искъ наслѣдника къ казнѣ оказывается погашеннымъ давностью черезъ 9 съ половиною лѣтъ послѣ поступленія имущества въ опеку. Но это обстоятельство, все-же,

не подрываетъ того факта, что и за казною имущество остается по ст. 1162 только въ силу пропуска наслѣдникомъ исковой давности. Это доказывается источниками ст. ст. (нынѣ) 1162, 1241—1246; это же доказывается и тѣмъ, что въ сводѣ 1832 г. въ ст. (нынѣ) 1162 содержалась прямая ссылка на ст. ст. (нынѣ) 1241—1246. А что срокъ ст. ст. 1241—1246 есть давностный, въ свою очередь, помимо всего прочаго, доказывается статьей 1245, нынѣ отмѣненною, въ которой срокъ этотъ такъ и былъ названъ давностнымъ. Приходится такимъ образомъ признать, что законъ, можетъ быть и не совсѣмъ послѣдовательно съ точки зрѣнія чистой догматики засчитываетъ въ пользу казны и тѣ 6 мѣсяцевъ, въ продолженіе которыхъ имущество остается подъ охраною до передачи его въ опеку. Наконецъ, прямо невѣрно, будто опека владѣетъ имуществомъ не для казны. Обратное доказывается какъ текстомъ ст. 1146, такъ и всей исторіей выморочнаго права, основные этапы которой были изложены въ докладѣ.

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ* обратилъ прежде всего вниманіе на исключительный характеръ затронутаго въ докладѣ вопроса. Вопросъ поставленъ ребромъ и такъ, какъ онъ до сихъ поръ никогда не ставился. Сенатская практика инстинктивно шла по правильному пути, но запутывалась въ трудностяхъ сложной конструкціи. Запутываніе получалось не столько въ сферѣ выморочныхъ имуществъ, сколько въ иной, а именно: въ вопросѣ объ исчисленіи десятилѣтней давности, установленной ст. 1246 т. X ч. 1, сенатъ, толкуя буквально постановленіе этого закона, пришелъ къ тому заключенію, что этотъ законъ, относящійся къ отсутствующимъ наслѣдникамъ, къ наслѣдникамъ присутствующимъ не относится. Такое двойственное исчисленіе срока (для отсутствующихъ со дня третьей публикаціи, а для присутствующихъ со дня смерти) несовмѣстимо съ началомъ преклюзивности срока, установленнаго 1246 ст. X т. Однако же теоретическое запутываніе въ области юридическаго конституированія не вело къ крупнымъ практическимъ неудобствомъ въ виду того, что рядомъ съ означенной давностью, сенатъ примѣнялъ другую, исковую давность противъ требованія объ изъятіи изъ владѣнія и поворотѣ имущества, находящагося въ фактическомъ владѣніи кого либо изъ наслѣдниковъ. Только для казны какъ будто дѣлается исключеніе въ ст. 1162 т. X. Но исключительное положеніе казны, интересы коей охраняются

особенно закономъ, не могутъ пошатнуть общаго начала непреклюзивности срока для принятія наслѣдства. Полное выясненіе характера срока для принятія наслѣдства требуетъ глубокаго анализа института принятія наслѣдства, извѣстнаго въ римскомъ правѣ подъ aditio hereditatis. Вопросъ этотъ весьма запутанный и большая заслуга докладчика, попытавшагося выяснить таковой и внесшаго въ него много свѣта.

Выразивъ отъ имени общества благодарность докладчику за удачное выполненіе принятой на себя задачи, предсѣдатель закрылъ собраніе.

Протоколъ засѣданія Общаго Собранія

31 марта 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 2 ч. 30 м. пополудни. Предсѣдательствовалъ предсѣдатель Общества *М. М. Ковалевскій.*

1. По открытіи засѣданія предсѣдатель доложилъ Общему Собранію, что по случаю исполнившагося 19 марта сего года пятидесятилѣтія государственной службы и научной дѣятельности почетнаго члена Общества Н. С. Таганцева, Совѣтъ Общества привѣтствовалъ юбиляра адресомъ, лично ему преподнесеннымъ [1]).

2. Предсѣдатель довелъ до свѣдѣнія Общаго Собранія, что заключеніе ревизіонной комиссіи, избранной годовымъ собраніемъ 11 марта 1912 г. для разсмотрѣнія годовой отчетности Общества за 1911 г., вмѣстѣ съ объясненіями Совѣта помѣщено въ разосланномъ гг. членамъ отчетѣ по Юридическому Обществу за 1912 г. (стр. 10—15).

Согласно заключенію ревизіонной комиссіи, Общее Собраніе единогласно, безъ преній, постановило отчетъ за 1911 г. считать утвержденнымъ.

3. По приглашенію предсѣдателя, секретарь Общества довелъ до свѣдѣнія Общаго Собранія положеніе вопроса о библіотекѣ Общества. При осуществленіи пожеланія предыдущей ревизіонной комиссіи, поддержаннаго Совѣтомъ, „о пріисканіи для библіотеки Общества постояннаго подходящаго помѣщенія, лучше всего при какой-нибудь библіотекѣ“, выяснилось, вопреки первоначальнымъ предположеніямъ Совѣта, неудобство передачи библіотеки Общества на храненіе юридическому кабинету при С.-Петербургскомъ университетѣ, въ виду глав-

---

1) Текстъ адреса напечатанъ въ Приложеніи (I).

нымъ образомъ, недоступности помѣщенія для членовъ Общества, какъ таковыхъ. Поэтому Совѣтъ Общества, слѣдуя пожеланію ревизіонной комиссіи, вошелъ въ переговоры съ Императорскимъ Вольнымъ Экономическимъ Обществомъ о помѣщеніи своей библіотеки при его библіотекѣ; при этомъ къ настоящему времени опредѣлилась возможность таковаго соглашенія, оправдываемая сравнительными удобствами даннаго помѣщенія для библіотеки—при условіи, чтобы имѣющіе падать на Юридическое Общество ежегодные расходы по библіотекѣ (на вознагражденіе служебнаго персонала библіотеки Вольнаго Экономическаго Общества по обслуживанію библіотеки Юридическаго Общества) не превышали 150 руб., каковымъ требованіемъ Совѣтъ призналъ необходимымъ обусловить окончательное заключеніе соглашенія съ Вольнымъ Экономическимъ Обществомъ.

За отсутствіемъ желающихъ высказаться по заслушанному докладу секретаря, предсѣдатель призналъ вопросъ о библіотекѣ исчерпаннымъ и закрылъ Общее Собраніе въ 3 часа дня.

Протоколъ засѣданія Годового Собранія

31 марта 1913 года.

Засѣданіе открыто въ $3^1/_4$ часа дня. Предсѣдательствовалъ предсѣдатель Общества *М. М. Ковалевскій.*

1. По открытіи засѣданія предсѣдатель предъявилъ Годовому Собранію отчетъ по Обществу за 1912 г., предложивъ, по примѣру прошлыхъ лѣтъ, чтеніе его не производить, въ виду того, что онъ былъ заблаговременно разосланъ гг. членамъ Общества, съ тѣмъ, чтобы заключеніе о немъ ревизіонной комиссіи, подлежащей избранію въ настоящемъ собраніи, было предъявлено слѣдующему Общему Собранію.

2. Затѣмъ было приступлено къ избранію помощника предсѣдателя, 2 членовъ Совѣта (взамѣнъ выбывающихъ В. О. Люстиха и А. А. Леонтьева), казначея Общества и 5 членовъ ревизіонной комиссіи.

По подсчету поданныхъ записокъ избранными оказались:

1) Помощникомъ предсѣдателя—*В. Д. Кузьминъ-Караваевъ.* 2) Членами Совѣта—*Л. І. Петражицкій* и *А. А. Жижиленко.* 3) Казначеемъ Общества—*Л. Я. Лозинскій.* 4) Членами ревизіонной комиссіи—*М. Я. Мышъ, А. Г. Вороновъ, В. А. Корнѣевъ, С. К. Гогель* и *В. Н. Новиковъ.*

Провозглашеніе результатовъ выборовъ вызвало единодушныя рукоплесканія Собранія.

3. Въ заключеніе дѣйствительные члены Общества *І. А. Покровскій* и *М. Я. Пергаментъ* произнесли рѣчи: І. А. Покровскій на тему „*Абстрактный и конкретный человѣкъ передъ лицомъ гражданскаго права*", и М. Я. Пергаментъ на тему: „*По поводу предстоящаго внесенія въ Государственную Думу проекта Гражданскаго Уложенія*".

Предоставляя слово первому изъ ораторовъ, І. А. Покровскому, предсѣдатель М. М. Ковалевскій обратилъ вниманіе собранія, что Совѣтъ Общества остановился на мысли просить въ текущемъ году выступить на Годовомъ Собраніи съ рѣчами нашихъ извѣстнѣйшихъ цивилистовъ, еще недавно украшавшихъ Петербургскій университетъ. Собраніе единодушными аплодисментами покрыло слова предсѣдателя, горячо привѣтствуя обоихъ бывшихъ профессоровъ Петербургскаго университета.

Получивъ отъ предсѣдателя слово, *І. А. Покровскій* произнесъ рѣчь: „*Абстрактный и конкретный человѣкъ передъ лицомъ гражданскаго права*" [1]).

Всякій разъ, когда становится на очередь какая-нибудь кодификаціонная работа, юридическая мысль оживляется. И понятно: для нея наступаетъ пора положительнаго творчества, пора засѣва; отъ того, какія сѣмена будутъ ею брошены въ соціальную почву, зависитъ и качество всходовъ.

Въ наступающемъ оживленіи сглаживается черта, отдѣляющая теорію отъ практики; оба русла сливаются: практика начинаетъ обобщать, теоретизировать, теорія направляетъ свое вниманіе на вопросы актуальной жизни.

Въ такіе моменты все обостряется. Все, что болѣло, начинаетъ

---

[1]) Рѣчь была напечатана въ „Вѣстникѣ Гражданск. Права" 1913 г. № 4.

*

болѣть сильнѣе; все, что было забыто, начинаетъ взывать къ ожидаемому, грядущему закону. Вмѣстѣ съ тѣмъ ярче выявляются всякія противоположности, сильнѣе разгораются старые споры. Но часто споры эти ведутся только на поверхности. Противники обмѣниваются аргументами и расходятся съ чувствомъ глубокой неудовлетворенности, съ какимъ-то смутнымъ ощущеніемъ взаимной непонятости. Ибо нѣчто самое существенное, то, что часто и заставляетъ спорящихъ быть противниками, осталось гдѣ-то въ глубинѣ невскрытымъ и неразъясненнымъ.

Причина кроется въ слѣдующемъ. Извѣстно, что всякая юридическая норма есть правило поведенія. Пока эта норма дана намъ, какъ дѣйствующій законъ, какъ lex lata, непосредственная необходимость заставляетъ насъ принять ее, какъ нѣчто данное, вслѣдствіе чего вопросъ о ея обоснованіи и оправданіи отходитъ на задній планъ. Но когда жизнь призываетъ насъ къ созданію новой нормы,—а это именно бываетъ въ болѣе широкомъ масштабѣ въ пору кодификаціи,—передъ нами прямо встаетъ вопросъ о критеріяхъ всякой нормы и всякаго права. Тогда мы не только сознаемъ, но всѣмъ существомъ своимъ ощущаемъ, что право есть не „міръ вещей an sich“, а „міръ вещей für uns“, и вмѣстѣ съ тѣмъ чувствуемъ, что конечные критеріи могутъ быть найдены только въ глубинѣ нашего этическаго сознанія. Если все право есть не что иное, какъ „Zwangsversuch zum Richtigen“ (Штаммлеръ), то очевидно, что это стремленіе къ правильному, справедливому, должно связывать всю совокупность отдѣльныхъ нормъ права въ одно гармоническое цѣлое, что каждая отдѣльная норма должна находить себѣ оправданіе въ основныхъ этическихъ предпосылкахъ цѣлаго.

Эта непремѣнная зависимость отдѣльныхъ нормъ отъ общихъ этическихъ предпосылокъ сказывается и въ томъ, что споръ о томъ или другомъ конкретномъ вопросѣ права часто вызывается не чѣмъ инымъ, какъ разногласіемъ, быть можетъ, даже не сознаннымъ, въ вопросахъ, глубже конкретной поверхности лежащихъ, разногласіемъ въ болѣе общихъ соціальныхъ и этическихъ предпосылкахъ.

При такихъ условіяхъ всякое возможное выясненіе этой соціально-этической подпочвы представляетъ необходимѣйшее предположеніе для правильной постановки каждаго вопроса. Оно во всякомъ случаѣ обрисовываетъ противоположности въ самомъ ихъ существѣ, а вслѣдствіе этого часто расчищаетъ дорогу и для соглашенія.

Проектъ русскаго гражданскаго уложенія уже вызывалъ и въ литературѣ и въ юридическихъ обществахъ разнообразные споры. Ожидаемое внесеніе проекта обязательственнаго права, хотя и въ болѣе ограниченной области, возобновитъ, вѣроятно, старые вопросы. Въ виду этого, мнѣ хотѣлось-бы коснуться нѣкоторыхъ изъ нихъ именно съ указанной только что точки зрѣнія, такъ какъ, думается мнѣ, обнаружившіяся по поводу ихъ разногласія выросли на почвѣ нѣкоторыхъ болѣе глубокихъ недоразумѣній.

Какъ извѣстно, еще римскіе юристы говорили, что *„omne jus hominum causa constitutum est“* и что, въ частности, гражданское право имѣетъ въ виду *„singulorum utilitatem“*, т. е. интересы отдѣльнаго человѣка. Такимъ образомъ отдѣльный, конкретный, живой человѣкъ составляетъ конечную цѣль, „цѣлевого субъекта“ (Zwecks-subiekt) всего гражданскаго права; ибо только живой человѣкъ можетъ страдать и радоваться, можетъ имѣть интересы.

Но конкретные, живые люди черезвычайно разнообразны, безконечно разнообразны ихъ психическія особенности и ихъ внѣшнія положенія, вслѣдствіе чего такъ же разнообразны и ихъ интересы. Какъ же гражданское право можетъ подойти къ этимъ интересамъ, какъ оно можетъ уловить ихъ?

Для разрѣшенія этой задачи оно пользуется нѣкоторымъ особымъ *пріемомъ.*

Если мы окинемъ общимъ взглядомъ самый механизмъ граждански-правовыхъ нормъ, то мы замѣтимъ, что весь онъ покоится на предположеніи нѣкотораго *абстрактнаго* человѣка, своего рода *„гражданскаго человѣка“*. Это есть нѣкоторая средняя фигура, представляющая эмпирическое суммированіе потребностей и качествъ, свойственныхъ среднему въ данной соціальной средѣ и въ данное время человѣку. Для римлянъ это былъ нѣкоторый bonus paterfamilias; у насъ онъ не имѣетъ особаго имени, но и у насъ эта абстрактная фигура стоитъ передъ глазами, когда мы создаемъ тѣ или другія нормы, когда мы думаемъ о потребностяхъ, когда мы рѣшаемъ вопросъ о наличности вины и т. д.

Фигура этого абстрактнаго, „гражданскаго“ человѣка не вовсе лишена человѣческихъ качествъ. Она гораздо живѣе и конкретнѣе общаго понятія „субъекта правъ“. Это послѣднее понятіе должно охватывать въ себѣ и разные другіе центры гражданско-правовой жизни (лица юридическія), вслѣдствіе чего при построеніи этого понятія мы подымаемся въ процессѣ абстрагированія еще выше, отвлекаемся отъ всего человѣческаго и превращаемъ даже самого

человѣка въ совершенно формальное явленіе „субъекта правъ", въ нѣкоторое совершенно общее „юридическое представленіе" [1]).

Но когда право приступаетъ къ болѣе конкретному регулированію между-человѣческихъ отношеній, къ „разграниченію человѣческихъ интересовъ", оно неизбѣжно вкладываетъ въ пустыя рамки „общаго юридическаго представленія" о субъектѣ правъ нѣкоторое болѣе конкретное содержаніе, постулируетъ нѣкоторые интересы и цѣли, нѣкоторое среднее количество разума и чувства и т. д.

Въ виду этого „гражданскій человѣкъ", отражая въ себѣ среднія черты человѣка данной эпохи и даннаго народа, можетъ служить въ далекой исторической перспективѣ извѣстнымъ показателемъ психологическихъ особенностей и психологической эволюціи народа.

Такое оперированіе съ фигурой абстрактнаго, „гражданскаго" человѣка представляетъ естественный вспомогательный пріемъ при построеніи нормъ гражданскаго права. Но этотъ пріемъ можетъ быть полезенъ лишь при одномъ непремѣнномъ условіи—чтобы не затерялось въ памяти подлинное значеніе этого пріема, какъ только вспомогательнаго. Другими словами: чтобы за этимъ абстрактнымъ, „гражданскимъ" человѣкомъ не былъ забытъ конкретный человѣкъ, живая человѣческая личность.

А между тѣмъ въ этомъ отношеніи насъ сторожитъ двоякая опасность.

Такъ, прежде всего, построеніе „гражданскаго человѣка" тѣмъ легче, чѣмъ психологически однообразнѣе та соціальная среда, которая является матеріаломъ для абстрагированія. Въ виду этого, подобное абстрагированіе легче для права болѣе древняго, чѣмъ для права болѣе развитого. Примитивное общество всегда проще и однороднѣе: индивиды, входящіе въ его составъ, не отличаются рѣзко другъ отъ друга ни по своему внѣшнему образу жизни, ни по своимъ потребностямъ, ни по своимъ воззрѣніямъ. Уловить среднія черты человѣка въ такомъ обществѣ легче, и „гражданскій человѣкъ" здѣсь будетъ близко подходить къ конкретному человѣку, къ человѣку просто.

Но процессъ развитія человѣческихъ обществъ есть, какъ извѣстно, процессъ усложненія и дифференціаціи. Общество разслояется на классы, группы; въ связи съ этимъ и психическая

---

[1]) Ср. напр. Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 4-te Aufl. (1901). Bd. I. S. 89 Note 1.

жизнь индивида усложняется: разнообразятся внѣшнія условія жизни, потребности, воззрѣнія; черты несходства, „особности“ усиливаются. Чѣмъ далѣе, тѣмъ труднѣе дѣлается указанное суммированіе средняго, и во многихъ случаяхъ его попытки могутъ привести только къ констатированію одинаково законныхъ противоположностей. Возведеніе одной изъ этихъ противоположностей на степень общаго, предполагаемаго въ среднемъ человѣкѣ, свойства можетъ при такихъ условіяхъ дать невѣрную директиву для законодательства и привести къ забвенію другой, не менѣе законной, стороны.

Но еще болѣе серьезная опасность лежитъ въ другомъ. Создаваемая воображеніемъ законодателя фигура абстрактнаго, „гражданскаго“ человѣка въ процессѣ законодательнаго творчества имѣетъ своимъ назначеніемъ служить только суммированіемъ, отраженіемъ дѣйствительности въ цѣляхъ оріентировки законодателя. По существу, такимъ образомъ, эта абстрактная фигура есть только извѣстное констатированіе *факта*: фактъ такихъ-то среднихъ потребностей, такихъ-то среднихъ интересовъ и т. д. Это есть нѣкоторый результатъ своеобразной „моральной“ *статистики*, который мы кладемъ въ основаніе *диспозитивныхъ* нормъ закона. Но при извѣстной aberratio мысли эта статистическая величина можетъ быть принята за *норму*, и тогда фактъ превращается въ должное: то, что обыкновенно есть, пріобрѣтаетъ характеръ того, что *непремѣнно должно быть.* Тогда наша фигура „гражданскаго человѣка“ выростаетъ въ нѣкоторое непогрѣшимое „правило вѣры“, въ нѣкотораго давящаго „*homo cogens*“. Только его интересы суть законные интересы, только его потребности суть разумныя потребности; все же, что отклоняется отъ типа этого „гражданскаго человѣка“, начинаетъ казаться чѣмъ-то незаконнымъ, прихотью, не заслуживающей вниманія и покровительства права. И притомъ не потому, что тѣ или другія особенныя потребности или интересы противорѣчатъ какимъ-либо этическимъ или политическимъ требованіямъ, а просто потому, что они чужды среднему, гражданскому человѣку. Этотъ послѣдній дѣлается уже самъ по себѣ нормой, закономъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и прокрустовымъ ложемъ для живой человѣческой личности.

Исторія цѣлаго ряда вопросовъ служитъ тому доказательствомъ. Приведемъ нѣкоторѣе изъ нихъ, ограничиваясь областью обязательственнаго права.

Однимъ изъ основныхъ вопросовъ, стоящихъ у самаго входа въ область обязательственныхъ, договорныхъ отношеній, является вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли допустить договоры только извѣстныхъ

опредѣленныхъ *типовъ* или же нужно представить въ этомъ отношеніи полную свободу частному творчеству, признать всякія соглашенія дѣйствительными—лишь бы, разумѣется, они не противорѣчили общимъ требованіямъ права (не противорѣчили закону, добрымъ нравамъ, общественному порядку)?

Какъ извѣстно, римское право до конца стояло принципіально на точкѣ зрѣнія юридической силы только типичныхъ договоровъ. Хотя количество этихъ договорныхъ типовъ въ исторіи постепенно росло, тѣмъ не менѣе и въ Юстиніановскомъ правѣ въ качествѣ общаго начала дѣйствуетъ правило „ex nudo pacto actio non oritur“. Подъ вліяніемъ естественно-правовой доктрины, которая провозгласила обратное правило „pacta sunt servanda“, новѣйшія законодательства, казалось, окончательно порвали съ римскимъ воззрѣніемъ и объявили юридически дѣйствительными всякія соглашенія, хотя бы и не подходящія подъ тотъ или иной предусмотрѣнный въ законѣ типъ. Отказать въ юридической силѣ договорамъ не типичнымъ было бы, говорятъ мотивы къ общегерманскому кодексу [1]), при многообразности современной жизни совершенно невозможно.

Тѣмъ не менѣе и теперь еще раздаются голоса, требующіе поворота къ точкѣ зрѣнія римской. Такъ, напр., даже Эндеманнъ относится съ сомнѣніемъ къ расширенію договорной свободы въ этомъ отношеніи. Съ признаніемъ принципа безформальности сдѣлокъ, говоритъ онъ, тѣмъ больше значеніе надо придавать типичности ихъ содержанія. Если договоръ не можетъ быть подведенъ подъ тотъ или иной, закономъ регулированный типъ, судъ долженъ въ признаніи ему отказать [2]).

Не менѣе рѣшительныя мнѣнія въ томъ же смыслѣ высказывались и въ нашемъ С.-Петербургскомъ Юридическомъ Обществѣ при обсужденіи проекта гражданскаго уложенія въ 1908 г. [3]).

„Существующіе типы договоровъ представляютъ собою въ сущности всѣ возможные случаи комбинацій обязательственныхъ отношеній, допустимыхъ при современной организаціи хозяйственной жизни, основанной на свободѣ личности и собственности. Отклоненія отъ этихъ типовъ обыкновенно затрагиваютъ или право

---

[1]) Motive. Bd. II. S. 2.

[2]) Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9-te Aufl. Bd. I (1903), § 108.

[3]) См. Труды Юридическаго Общества при Спб. Университетѣ. T. I, стр. 89, 98 (докладъ В. М. Нечаева).

личности, или существующую организацію собственности и другихъ, связанныхъ съ нею, формъ обладанія".

„Свобода сдѣлокъ, установленная въ 1 ч. X тома, совершенно отучила судью считаться съ конструкціей этой сдѣлки, на которой основывается разрѣшаемое имъ исковое требованіе. Такимъ образомъ, замкнутость типовъ была бы полезна, какъ въ видахъ воспитанія юридической мысли въ странѣ, такъ и потому, что число имущественныхъ формъ въ настоящее время является въ сущности исчерпывающимъ, и въ этомъ смыслѣ расширеніе типовъ сдѣлокъ приводило бы къ расшатыванію имущественнаго правооборота".

На этомъ основаніи авторъ приведенныхъ словъ находилъ статью 1570 проекта, признающую дѣйствительнымъ всякій договоръ, *„вредной"*.

Возможно, что та же мысль будетъ выдвинута снова при предстоящемъ обсужденіи проекта обязательственнаго права. Но ясно, что эта мысль есть ничто иное, какъ именно указанная aberratio. Отношенія нетипичныя, хотя бы они не противорѣчили ни закону, ни добрымъ нравамъ, ни общественному порядку, просто потому, что они не нужны, чужды типичному, „гражданскому" человѣку, объявляются незаслуживающими охраны закона. „Гражданскій человѣкъ" выступаетъ въ роли „homo cogens" и давитъ конкретнаго человѣка, отнимая у него возможность регулировать свои конкретныя, нетипичныя отношенія сообразно своимъ индивидуальнымъ потребностямъ.

Любопытно, однако, что даже Эндеманнъ счелъ необходимымъ къ своему вышеприведенному мнѣнію сдѣлать слѣдующую оговорку: „Развѣ бы въ новомъ, нетипичномъ обязательствѣ проявилось юридическое творчество народа" [1]). Но вѣдь творчество народа не можетъ проявиться иначе, какъ черезъ посредство творчества отдѣльныхъ лицъ; первое начинается вторымъ, и, если мы отрѣжемъ возможность послѣднему, мы уничтожимъ возможность и перваго.

Но въ этомъ вопросѣ голоса, подобные вышеприведеннымъ, составляютъ исключеніе. Законодательство, повидимому, твердо стоитъ на занятой имъ позиціи и едва ли можно бояться, что оно

---

[1]) „Es sei denn, dass sich in dem neuen Verpflichtungsverhältnisse eine von der Allgemeinheit des Volkes getragene schöpferische Rechtsbildung kundgäbe" (l. cit. S. 624—625).

отъ нея отступить. Такое отступленіе было бы во всякомъ случаѣ— и принципіально и практически—огромнымъ шагомъ назадъ.

Болѣе спорнымъ въ современной теоріи является, какъ извѣстно, другой вопросъ—о допустимости, по желанію сторонъ, *обязательствъ абстрактныхъ*.

И по этому вопросу при обсужденіи проекта гражданскаго уложенія въ нашемъ Юридическомъ Обществѣ были высказаны разныя мнѣнія, при чемъ сильно было представлено и мнѣніе отрицательное. Послушаемъ, однако, мотивы. Вотъ что говорилъ одинъ изъ виднѣйшихъ его представителей.

„Вопросъ о causa, о наличности юридическаго основанія, не ставится ни въ какой другой области гражданскихъ правоотношеній, хотя всѣ они покоятся, въ широкомъ смыслѣ, на одномъ и томъ же общехозяйственномъ основаніи. Вопросъ о ней ставится только въ договорномъ правѣ, въ области, отмежеванной преимущественному господству волевого элемента. Здѣсь, гдѣ законъ отказывается отъ непосредственнаго вмѣшательства въ опредѣленіе конкретныхъ, единичныхъ цѣлей гражданъ, предоставляя имъ почти абсолютную свободу самоопредѣленія, близка опасность окончательнаго разрыва гражданскаго правоотношенія *съ основными, необходимыми цѣлями гражданскаго оборота*, а слѣдовательно, и гражданскаго закона. Здѣсь необходимо поставить вѣху—указать общій предѣлъ, за которымъ кончается область гражданскихъ правоотношеній и *начинается область прихоти, область душевныхъ движеній, имѣющихъ также окраску волевого акта, но не служащихъ тѣмъ основнымъ цѣлямъ общежитія, защиту коихъ только и можетъ принимать на себя гражданскій законъ*“ [1]).

Какъ видимъ, въ существѣ своемъ мотивъ тотъ же, что и въ предыдущемъ случаѣ—боязнь, что юридическая сдѣлка уклонится отъ „основныхъ цѣлей общежитія, защиту коихъ только и можетъ принимать на себя законъ“. Все то, что не вливается въ эти общепризнанныя, основныя цѣли общежитія, хотя бы оно, повторяемъ, не противорѣчило ни закону, ни добрымъ нравамъ, ни общественному порядку, составляетъ *„область прихоти“*, которую право должно игнорировать.

Но точно ли это прихоть? Кто можетъ быть увѣренъ въ томъ, что въ данномъ отклоненіи отъ нынѣ общепризнанныхъ основныхъ цѣлей общежитія, отъ нынѣшняго „общехозяйственнаго основанія“,

---

[1]) М. М. Винаверъ. Изъ области цивилистики. 1908, стр. 195.

не заключается хотя бы того, о чемъ думалъ Эндеманнъ, вводя свою оговорку.

„Гражданскій человѣкъ", изгнанный въ дверь, какъ видимъ, влѣзаетъ въ окно. Такъ поступаетъ, говорятъ, природа, но увы— не только она одна.

Въ дѣйствительности вопросъ объ абстрактныхъ обязательствахъ, по нашему мнѣнію, лежитъ въ совершенно иной плоскости. Какъ показываетъ исторія, вопросъ этотъ вызванъ къ жизни не такими или иными „прихотями", а потребностями торговаго, т. е. въ высокой степени „хозяйственнаго" оборота. При рѣшеніи этого вопроса дѣло идетъ вовсе не о томъ, допустить или не допустить обязательства *sine causa*—такихъ безпричинныхъ обязательствъ, разумѣется, не бываетъ вовсе,— дѣло идетъ лишь о томъ, можетъ ли обязательство быть признано дѣйствительнымъ *безъ указанія* своей causa, безъ непремѣннаго и немедленнаго предъявленія ея суду. И въ конечномъ счетѣ это вопросъ довѣрія къ участникамъ оборота, вопросъ—я бы сказалъ— государственной деликатности. Требованіе непремѣннаго обнаруженія при самомъ предъявленіи иска causa obligationis представляетъ по существу требованіе раскрыть передъ судомъ чемоданъ съ вещами для просмотра его содержимаго съ точки зрѣнія его юридической легальности. Такому просмотру подвергается прежде всего и чаще всего самый „гражданскій человѣкъ". Вопросъ о признаніи или непризнаніи абстрактныхъ обязательствъ при такихъ условіяхъ есть прежде всего вопросъ объ отношеніи закона къ самому „гражданскому человѣку", вопросъ о довѣріи или недовѣріи къ нему. Новѣйшія европейскія законодательства, какъ извѣстно, рѣшаютъ этотъ вопросъ въ смыслѣ довѣрія [1]). Но, вѣдь, въ Европѣ и при переѣздѣ черезъ границы рѣдко приходится раскрывать свои чемоданы...

Представленіе объ абстрактномъ „гражданскомъ" человѣкѣ, какъ о нѣкоторой нормѣ того, что единственно заслуживаетъ охраны, играетъ большую роль и въ вопросѣ о признаніи или непризнаніи *обязательствъ на дѣйствія неимущественнаго характера*, вопросѣ, который также былъ неоднократно предметомъ обсужденія въ нашемъ Юридическомъ Обществѣ [2]).

---

[1]) BGB. § 780, швейц. ул. объ обязательствахъ, § 17. См. обстоятельную аргументацію въ Protokolle. Bd. II. S. 499—508.

[2]) См. Труды, т. I, l. cit., а также пренія по поводу доклада г. Бѣляцкина—Труды, т. IV.

Естественно, что съ точки зрѣнія „хозяйственности" какъ единственнаго разумнаго базиса всего гражданскаго права, отношенія неимущественныя будутъ выходить за предѣлы этого послѣдняго. Средній „гражданскій" человѣкъ рисуется, какъ существо, живущее только интересами имущественными, какъ блаженной памяти бывшій нѣкогда въ большомъ ходу „экономическій человѣкъ". Но жизнь выросла уже изъ этого представленія; нынѣшній, даже средній, шаблонный человѣкъ уже цѣнитъ извѣстныя неимущественныя блага—имя, честь и т. д.—и требуетъ для нихъ какой-нибудь, хотя бы и несовершенной, охраны. И чѣмъ далѣе, тѣмъ болѣе эти запросы будутъ расти. Не вдаваясь глубже въ этотъ вопросъ, скажемъ только словами германской комиссіи:

„У высоко-культурнаго народа обязательство имѣетъ своею задачей обезпечивать не только матеріальныя блага, но и блага идеальныя, значеніе и цѣнность которыхъ растетъ вмѣстѣ съ ростомъ культуры" [1]).

„Гражданскій человѣкъ" переросъ „человѣка экономическаго", впиталъ въ себя нѣкоторую дозу духовности, идеальности.

Но вопросъ идетъ дальше. Если признать, что имущественный характеръ не составляетъ непремѣннаго признака обязательства, то не получимъ ли мы чрезмѣрнаго и опаснаго расширенія сферы гражданскаго права? Не слѣдуетъ ли здѣсь тѣмъ болѣе поставить какую-либо „вѣху"?

Прежде всего нужно напомнить, что „вѣхи" уже стоятъ: съ одной стороны — непротивность закону, добрымъ нравамъ и т. д., а съ другой стороны—общая для всякаго обязательства „вѣха"—необходимость юридическаго *animus obligandi.* Въ силу послѣдней сами собой отпадаютъ тѣ „жупелы", которыми пытаются терроризировать въ нашемъ вопросѣ,—различныя обѣщанія протанцовать вальсъ на балу, пожаловать къ обѣду и т. д. Нужны ли еще какія-либо особыя „вѣхи" сверхъ того?

И многіе отвѣчаютъ: да, необходимъ „*серьезный*" интересъ, „*достойный охраны*" интересъ, „ein schutzwürdiges Interesse". Необходима „*абстрактная цѣнность,* хотя бы и неимущественная, но цѣнность съ точки зрѣнія оборота, съ точки зрѣнія общества", при чемъ, разумѣется, „*въ вопросѣ о серьезности интереса суду должна принадлежать опекающая роль*" [2]).

---

[1]) Protokolle. Bd. I. S. 281.

[2]) Труды Юридическаго Общества, т. I стр. 108 (слова Л. С. Таля).

Какъ видимъ, тотъ „гражданскій человѣкъ“, о которомъ только что было сказано, какъ о переросшемъ стараго „экономическаго человѣка“, снова выступаетъ въ качествѣ принудительнаго „homo cogens“. Онъ впиталъ въ себя извѣстную дозу духовности, но только эту дозу онъ готовъ признать и поставить подъ защиту „опекающаго суда“; все же остальное, все выходящее за предѣлы этой дозы, есть индивидуальная „прихоть“, вступаться за которую для суда какъ-то даже зазорно [1]).

„Гражданскій человѣкъ“, напр., уже цѣнитъ идеальное благо ночного спокойствія (отдыхъ нуженъ и для человѣка коммерческаго), и потому возможно, что договоръ съ сосѣдними жильцами о томъ, чтобы они не играли послѣ 10 час. вечера, будетъ признанъ „опекающимъ судомъ“ достойнымъ охраны. Но я далеко не увѣренъ въ судьбѣ договора о томъ, чтобы сосѣдъ не игралъ только извѣстной пьесы, которая тяжела для меня въ силу какихъ-нибудь воспоминаній. Не будетъ ли это признано прихотью? „Абстрактной цѣнности“, „цѣнности съ точки зрѣнія оборота“ содержаніе нашего договора несомнѣнно не имѣетъ. А между тѣмъ для меня это вопросъ огромной важности, вопросъ всего моего психическаго равновѣсія, и если „опекающій судъ“ признаетъ мой договоръ недѣйствительнымъ, онъ принесетъ меня, живую человѣческую личность, въ жертву абстрактному „гражданскому человѣку“, человѣку „оборота“.

Имѣете ли вы на это право? Думаю, что истинно-культурное правосознаніе должно отвѣтить „нѣтъ“. Пусть жизнь моя сложилась особенно, пусть я сталъ чувствителенъ къ тому, къ чему равнодушны другіе, но вѣдь надо же жить и мнѣ. Пусть я чудакъ, но я все же человѣкъ, и если право желаетъ докончить свою задачу, оно должно признать и *право чудака на существованіе.*

И снова я съ полнымъ признаніемъ могу привести высокознаменательныя слова той же германской комиссіи:

„*Надо предоставить индивиду право заключать договоры даже необычнаго содержанія*;... достоинъ охраны (schuzwürdig) всякій интересъ, который не нарушаетъ границъ закона или индивидуальной свободы. Нѣтъ надобности въ иныхъ границахъ („вѣ-

---

[1]) См. мнѣніе меньшинства въ германской комиссіи: „es würde... der Gerichtsgewalt eine *unwürdige* Aufgabe angesonnen werden“. Protokolle, l. cit.

хахъ“), кромѣ той, которая требуетъ, чтобы обязательство не противорѣчило закону или добрымъ нравамъ“ [1]).

Наконецъ, еще одинъ примѣръ. Какъ извѣстно, общимъ правиломъ всякаго культурнаго гражданскаго права является признаніе сдѣлокъ заключенныхъ подъ вліяніемъ *принужденія*, недѣйствительными. Но что такое то принужденіе, которое можетъ послужить достаточнымъ основаніемъ для ниспроверженія сдѣлки?

Какъ извѣстно, римское право первоначально держалось той точки зрѣнія, что принужденіе, вообще, не можетъ служить обстоятельствомъ, способнымъ опорочить сдѣлку: *coactus tamen volui*. Лишь въ эпоху преторскаго вліянія оно оставило эту точку зрѣнія, но римскіе юристы все же еще учатъ, что сдѣлка можетъ быть уничтожена лишь при наличности *основательной* угрозы—*metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat*. Съ той поры ученіе о необходимости основательнаго страха стало общимъ мѣстомъ въ доктринѣ гражданскаго права.

Угроза, говорятъ, должна быть такою, чтобы она могла оказать вліяніе и на *человѣка разсудительнаго*. Не требуется, правда, особенной храбрости, но въ то же время нельзя обращать вниманіе на чрезмѣрную трусость. Слѣдуетъ снисходить къ болѣзни, старости или женской слабости, но не ко всякой трусливости вообще [2]).

Необходима, далѣе, согласно общему ученію, угроза *серьезнымъ зломъ*, т. е. чтобы она направлялась на такое или иное существенное благо, напр., жизнь, здоровье, свободу или имущество самого потерпѣвшаго или кого-нибудь изъ его близкихъ.

Въ связи съ этой доктриной находятся и соотвѣтственныя легальныя опредѣленія понятія принужденія. Такъ, напр., ст. 61 нашего проекта опредѣляетъ:

„Изъявленіе воли признается послѣдовавшимъ подъ вліяніемъ принужденія, когда оно вынуждено насиліемъ, лишеніемъ свободы, истязаніемъ или возбужденіемъ страха, угрозою нанести личный или имущественный вредъ совершившему сдѣлку или кому-нибудь изъ его близкихъ“.

Опредѣленія эти могутъ быть нѣсколько шире или нѣсколько уже, но, во всякомъ случаѣ, безспорно одно: возможно такое принужденіе, которое, несомнѣнно, вызвало заключеніе сдѣлки, но

---

[1]) Protokolle, l. cit.

[2]) Ср., напр., Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 530—531.

которое не подойдетъ подъ законодательное опредѣленіе и потому не сможетъ послужить основаніемъ для ниспроверженія обязательства. Говоря иначе, возможны случаи, хотя и безспорнаго, но съ точки зрѣнія закона неосновательнаго страха: нѣкто испугался тамъ, гдѣ обыкновенный, средній человѣкъ не испугался бы, или испугался за такое благо, за которое обыкновенно не пугаются.

Снова, какъ видимъ, на законодательной сценѣ появляется нашъ „гражданскій человѣкъ", надѣленный нѣкоторой средней дозой храбрости и чувствительности, и притомъ снова въ роли нѣкотораго принудительнаго homo cogens: всѣ тѣ, кто не обладаютъ присущей ему дозой храбрости или, наоборотъ, обладаютъ излишней чувствительностью, объявляются лишенными покровительства закона. Законъ, говорятъ намъ, долженъ считаться съ нормальнымъ человѣкомъ, а не съ чрезмѣрною трусостью или особою прихотью отдѣльныхъ, конкретныхъ лицъ.

Но такъ ли это? Правильно ли самое это положеніе?

Возьмемъ въ видѣ базиса цитированную ст. 61 нашего проекта, гдѣ говорится объ угрозахъ причинить вредъ самому „совершившему сдѣлку или кому-нибудь изъ его близкихъ". Какъ быть въ томъ случаѣ, если обязательство было вынуждено угрозой убить человѣка только знакомаго, или даже вовсе незнакомаго, а просто человѣка? Пусть средній „гражданскій" человѣкъ дорожитъ жизнью только своею да своихъ „близкихъ", но все же могутъ найтись лица внѣ нормы, для которыхъ подобная угроза можетъ быть пострашнѣе угрозы нанести имущественный вредъ имъ самимъ. Неужели мы должны, даже при полномъ признаніи въ угрозѣ виновника, признать сдѣлку нерасторжимой; неужели мы должны страхъ въ нашемъ случаѣ квалифицировать, какъ прихоть?

Или: вы вслѣдствіе пережитыхъ вами личныхъ потерь не можете слышать похороннаго пѣнія; провѣдавъ про это, я вынуждаю у васъ обязательство угрозой пѣть подъ вашими окнами или у васъ за стѣной погребальные гимны.

Наконецъ, возьмемъ школьный примѣръ неосновательнаго страха, приводимый въ учебникахъ—угроза перестать кланяться или не подать руки въ обществѣ [1]). Точно ли это такая угроза, которая при всякихъ обстоятельствахъ будетъ угрозой пустой?

---

[1]) Ср. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права. Изд. 10-е (1912), стр. 180.

Представьте себѣ, что насчетъ васъ пошли какіе-то темные слухи, что вокругъ вашего имени сплетается какая-то удушливая сѣть неуловимой клеветы, подозрѣній и т. д. Представьте себѣ при такихъ условіяхъ, что я, доселѣ вашъ общеизвѣстный другъ, бросаю вамъ угрозу не подать руки въ обществѣ, если вы не подпишете въ мою пользу обязательства. Вѣдь мой отказъ подать вамъ руку будетъ истолкованъ, какъ косвенное подтвержденіе всѣхъ этихъ темныхъ слуховъ.

И какой бы примѣръ „очевидно пустой" угрозы ни привели, всегда можно представить себѣ такое стеченіе обстоятельствъ, при которыхъ она можетъ имѣть in concreto значеніе болѣе могущественное, чѣмъ многія другія, закономъ признанныя.

Обо всемъ этомъ мнѣ уже приходилось говорить въ печати по поводу вышеприведенной статьи 61 нашего проекта [1]). Я указалъ на полную несправедливость какихъ-либо ограниченій въ понятіи угрозы и приводилъ примѣръ того же германскаго уложенія, которое въ своемъ § 13 всякія ограниченія подобнаго рода отбросило. Я говорилъ: „Пусть даже боязнь даннаго лица является смѣшной и нелѣпой, но неужели слѣдуетъ допустить, чтобы этотъ психическій дефектъ могъ стать источникомъ доходовъ для всякихъ ловкихъ и охочихъ людей?"

На всѣ эти замѣчанія редакціонная комиссія въ своихъ объясненіяхъ ко 2-й редакціи проекта по существу отвѣтила однимъ: „Допущеніе оспариванія сдѣлокъ въ указанныхъ и подобныхъ имъ случаяхъ лишило бы самое понятіе угрозы всякой опредѣленности и для устойчивости пріобрѣтенныхъ правъ представляло бы существенную опасность" [2]).

„Лишило бы самое понятіе угрозы всякой опредѣленности"! Выходитъ какъ-будто, что жизнь существуетъ для того, чтобы понятіе угрозы было опредѣленнымъ, что человѣкъ для субботы, а не суббота для человѣка. Мы же думаемъ, что юридически угроза должна быть всегда тамъ, гдѣ она есть въ жизни, а въ жизни она можетъ вылиться въ самыя разнобразныя формы. Правильно говоритъ Дернбургъ: „Тѣлесная и духовная слабость, нервозность, особенно опасное положеніе... можетъ сдѣлать внушительной такую угрозу, которая при обыкновенныхъ условіяхъ не имѣла бы зна-

---

1) „Юридическія сдѣлки въ проектѣ гражд. уложенія" въ „Вѣстникѣ Права" 1904 г., кн. I.

2) Проектъ. Вторая редакція съ объясненіями. Стр. 20.

ченія. Но, само собою разумѣется, подвергнувшійся угрозѣ долженъ доказать, что именно угроза вынудила его волеизъявленіе".

„Для устойчивости пріобрѣтенныхъ правъ представляло бы существенную опасность"! Но, во-первыхъ, составители германскаго уложенія едва ли меньше заботились объ этой устойчивости, чѣмъ наши редакторы. А во-вторыхъ, „устойчивость пріобрѣтенныхъ правъ" не есть постулатъ самодовлѣющій и абсолютный. Съ точки зрѣнія одной устойчивости надо было бы отвергнуть оспариваніе сдѣлокъ вслѣдствіе ошибки, а въ области принужденія вернуться къ старому римскому правилу—„coactus tamen volui". При извѣстныхъ условіяхъ эта устойчивость будетъ устойчивостью зла и безпомощностью права.

Уже только-что приведенные примѣры иллюстрируютъ то положеніе вещей, которое узаконяется нашимъ проектомъ. Человѣкъ нервный или слабый легко можетъ сдѣлаться чуть не пожизненной жертвой самой неблаговидной эксплоатаціи. Ибо куда бѣжать ему отъ „ловкаго человѣка", постигшаго его слабость и увѣреннаго въ заботѣ закона объ „устойчивости пріобрѣтенныхъ правъ"? Куда бы онъ ни ушелъ, „ловкій человѣкъ" найдетъ его вездѣ и будетъ сосать изъ него кровь.

Извѣстно, насколько въ настоящее время уголовное право озабочено аналогичной (хотя и болѣе узкой) проблемой *шантажа*, этого „паразита общественной жизни". Вотъ что, между прочимъ, говоритъ о немъ одинъ изъ спеціалистовъ вопроса [1]):

„Передъ безконечными, постоянно растущими требованіями шантажиста едва ли устоитъ даже весьма значительное состояніе; жертва, мучимая тревогой и страхомъ, непрерывно нервируемая, утрачиваетъ правильное представленіе о своемъ положеніи и видитъ часто единственный выходъ въ самоубійствѣ".

Но далеко ли ушли отъ шантажа случаи, подобные вышеприведеннымъ? Быть можетъ, они не подойдутъ подъ уголовно-наказуемое понятіе шантажа [2]), но соціальная характеристика ихъ отъ этого не измѣнится. Можно не ставить вопроса о тюрьмѣ для подобныхъ героевъ легкой наживы, но едва ли можно санкціонировать эту наживу.

Забота объ „устойчивости пріобрѣтенныхъ правъ" превращается здѣсь въ охрану самыхъ низкихъ мотивовъ и возбужденіе

[1]) J. Reinhold. Die Chantage. 1909. S. 96—97.

[2]) Это послѣднее обыкновенно охватываетъ лишь угровы сообщенія какихъ-либо позорящихъ свѣдѣній. Reinhold l. cet. S. 108.

самыхъ анти-соціальныхъ аппетитовъ. Пусть жертвой этихъ аппетитовъ является человѣкъ слабый или странный, больной или чудакъ, но надо же дать жить и ему. Надо и здѣсь признать и во всеуслышаніе провозгласить опять-таки то же самое *право чудака на существованіе.*

Иначе наша охрана „устойчивости пріобрѣтенныхъ правъ“ на языкѣ „оборота“ будетъ переведена старымъ правиломъ базарной морали—„*дураковъ учить надо*“!

Если бы даже насъ не заботила судьба „дураковъ“, подумаемъ о томъ, какихъ *умниковъ* мы создаемъ нашей нормой. Если намъ безразличны слабые, подумаемъ о томъ, какихъ „*сильныхъ*“ мы множимъ!

Это какая-то своеобразная „*ставка на сильныхъ*“, но въ этихъ „ставкахъ“ такъ часто проигрывается народная честность...

Мы пересмотрѣли рядъ весьма существенныхъ вопросовъ обязательственнаго права. Мы видѣли, какъ въ каждомъ изъ нихъ въ большей или меньшей степени прорывается воззрѣніе, что цѣлевымъ субъектомъ гражданскаго права является не человѣкъ in concreto, а нѣкоторая абстракція—человѣкъ, какъ нѣкоторая средняя, родовая сущность. Въ однихъ вопросахъ это воззрѣніе уже отходитъ въ прошлое, но зато въ другихъ оно еще упорно держится.

То же самое мы могли бы констатировать и въ другихъ областяхъ гражданскаго права. Всѣ отдѣльныя проявленія этого воззрѣнія отнюдь не случайны; мы имѣемъ дѣло съ цѣльнымъ и совершенно опредѣленнымъ умонастроеніемъ, составляющимъ одно изъ сильнѣйшихъ подпочвенныхъ теченій въ сферѣ нашего гражданскаго права. Сплошь и рядомъ оно не сознается во всей его отчетливости самими его носителями, но иногдо оно выливается въ цѣлую стройную теорію о самомъ понятіи субъекта правъ и о субъективномъ правѣ вообще.

Если обычныя среднія потребности, обычныя среднія цѣли человѣка суть единственно законныя, если только онѣ заслуживаютъ охраны, то единственно, что самое понятіе личности, какъ субъекта правъ, блекнетъ и отодвигается на второй планъ, заслоняясь этими средними и общепризнанными цѣлями. Понятно поэтому, съ этой точки зрѣнія, желаніе выбросить вовсе изъ общаго ученія о правѣ идею субъекта правъ, замѣнивъ ее идеей *правовыхъ цѣлей.*

Любопытно въ этомъ отношеніи уже отмѣченное въ русской

литературѣ ученіе Густава Шварца [1]). Всякое имущество принадлежитъ не кому-нибудь, а чему-нибудь, т. е. предназначено на служеніе тѣмъ или другимъ признаннымъ правомъ цѣлямъ. Человѣкъ не субъектъ правъ, а объектъ правовой заботы, общеюридическаго призрѣнія; онъ не творецъ своихъ цѣлей, а лишь представитель имущества, предназначеннаго служить объективно-признаннымъ цѣлямъ. Если несовершеннолѣтній достигаетъ совершеннолѣтія, то этимъ самымъ онъ лишь вступаетъ на то мѣсто, которое до сихъ поръ занималъ его опекунъ; онъ такъ сказать дѣлается опекуномъ самого себя. А такъ какъ дѣятельность опекуна руководится лишь средними цѣлями обычнаго средняго человѣка, то ясно, что и для каждаго конкретнаго человѣка эти среднія цѣли возводятся въ рангъ нормы, за границами которой находится прихоть, могущая повести къ отстраненію одного опекуна (само-опекуна) и къ замѣнѣ его другимъ (подлиннымъ опекуномъ). Среднія, „общехозяйственныя“ цѣли ипостазируются и пріобрѣтаютъ нѣкоторое самодовлѣющее, надъ человѣческое существованіе. „*Rechtssubjekt*“ не нуженъ, ибо онъ исчезаетъ за высшей инстанціей—„*Rechtszweck*“...

Логическимъ неизбѣжнымъ продолженіемъ подобной теоріи является ученіе о томъ, что самое понятіе субъективнаго права есть нѣкоторый юридическій nonsens. Извѣстенъ въ этомъ смыслѣ своего рода манифестъ Дюги, провозглашающій гибель идеи субъективнаго права и установленій новаго общества на основѣ права объективнаго, возлагающаго на каждаго соціальное обязательство выполнять извѣстную миссію и превращающаго всякое право въ соціальную функцію, въ „une fonction sociale“ [2]).

И вспоминается мнѣ при этихъ словахъ далекое прошлое. Вспоминается мнѣ, что этими же самыми словами опредѣлялось положеніе человѣка въ другомъ—давно исчезнувшемъ—обществѣ: каждый человѣкъ, каждое сословіе несло по отношенію къ государству такую или иную *functio*, а всѣ вмѣстѣ были, по выраженію Симмаха, „рабствующими отечеству“, *servientes patriae*. Это было общество эпохи государственнаго и соціальнаго разложенія стараго Рима; это было время установленія римскаго крѣпостного права—колоната—и общаго прикрѣпленія всѣхъ сословій. Это было время, когда „субъективныя права“ гордаго гражданина римской респу-

---

[1]) Rechtssubjekt und Rechtszweck въ Archiv für bürgerliches Recht Bd: 32 (1908) и Bd. 35 (1910).—Ср. Гинсъ. „Право“, 1912 г. № 46.

[2]) Duguit. Le droit social, droit individuel et la transformation de l'état, 1908, въ особ. p. 12 и 21.

*

блики, члена „его величества римскаго народа“ уступали мѣсто объективному безправію подданыхъ (subjecti) передъ лицомъ византійскаго монарха...

Но заглянемъ въ исторію идей—и мы найдемъ тамъ общій источникъ нашего умонастроенія. Мы увидимъ, что оно не отблескъ новой зари, а послѣднія волны расходящагося тумана. Вотъ что говоритъ намъ компетентный авторъ [1]).

„Если бы мы поставили своей цѣлью выяснить, какое пониманіе личности скрывалось за французскими идеями равенства и свободы..., мы придемъ къ результату въ высшей степени любопытному. Мы увидимъ, что это было то же самое пониманіе, которое получило свою теоретическую формулировку въ нѣмецкой философіи и прежде всего у Канта. Это было общее раціоналистическое опредѣленіе личности въ *ея общей и отвлеченной основѣ, которую каждый человѣкъ имѣетъ въ себѣ наряду со всѣми другими,—опредѣленіе личности признаками не индивидуальными, а родовыми.* Когда французскіе мыслители XVIII вѣка говорили о человѣкѣ, они имѣли въ виду *человѣка отвлеченнаго, повсюду имѣющаго одну и ту же природу, а слѣдовательно одни и тѣ же потребности и притязанія*“.

„Въ этой системѣ воззрѣній все частное, своеобразное, особенное устраняется, какъ незаконное и не имѣющее нравственнаго оправданія. Оно разсматривается, какъ досадное противорѣчіе разумному закону, какъ источникъ безпорядка и несовершенства“.

Эта общая предпосылка остается основой цѣлаго ряда ученій и въ XIX столѣтіи, даже ученій, повидимому, далеко отошедшихъ, какъ отъ французской философіи XVIII вѣка, такъ и отъ Канта или Гегеля—напр. ученій Фейербаха, Маркса или Лассаля.

„Для всѣхъ этихъ мыслителей характерно то, что они берутъ исходнымъ пунктомъ человѣка, отдѣльную личность, но не самое по себѣ, а въ ея общей, родовой сущности и въ соотвѣтстіи съ этимъ приходятъ къ подчиненію лица объемлющимъ его союзамъ“.

Много смѣнилось ученій. „Одни изъ нихъ обѣщали людямъ равенство и свободу, другія полноту нравственнаго развитія, третьи, сверхъ этого, еще и матеріальное счастье. Но при всѣхъ различіяхъ, они сходились во взглядѣ на личность, какъ на родо-

---

[1]) Новгородцевъ. Кризисъ современнаго правосознанія. 1909. Стр. 259 и сл.

вую сущность, и во взглядѣ на государство, какъ на единственный путь къ устроенію и усовершенствованію личности".

Вотъ гдѣ кроется общій источникъ отмѣченныхъ нами явленій въ области нашей цивилистической науки. Мы видимъ, такимъ образомъ, что это только отголоски болѣе глубокаго, подъ почвой скрытаго теченія.

Но это теченіе изсякаетъ. XIX вѣкъ выставилъ и съ подчеркнутой силой развилъ иное пониманіе личности, именно то, *которое беретъ человѣка во всемъ богатствѣ его своеобразныхъ особенностей и творческихъ проявленій.* Это новое пониманіе личности требуетъ своего осуществленія и въ нашемъ гражданскомъ правѣ. Не человѣкъ in abstracto долженъ быть конечною цѣлью этого послѣдняго, а живая, конкретная человѣческая личность.

„Не всегда, говоритъ Зомъ [1]), существовало гражданское право. Въ началѣ развитія господствуетъ наивный коммунизмъ, который трактуетъ національное имущество, какъ общее достояніе всѣхъ гражданъ, и регулируетъ его распредѣленіе публично-правовыми способами. Въ древнія времена живетъ только народъ, масса; публичное право все. Лишь постепенно возникаетъ гражданское право. Но его появленіе обозначаетъ выступленіе личности, индивида. Рядомъ съ народомъ появляется другая великая держава исторіи сознающая себя личность. Она беретъ въ свои руки дѣло человѣческаго прогресса; она прозрѣваетъ и ставитъ высшія цѣли культурнаго существованія, она будитъ и увлекаетъ за собой другихъ къ болѣе благородному бытію. Это она похищаетъ огонь у боговъ, чтобы затѣмъ яркимъ факеломъ освѣщать дорогу народу. На развитіи свободныхъ, ведущихъ впередъ индивидуальностей покоится сила самого народа, покоится развитіе его культуры. Чѣмъ больше такихъ индивидуальностей, тѣмъ выше народная мощь, тѣмъ богаче его культура".

По окончаніи рѣчи І. А. Покровскаго, покрытой долгими аплодисментами, слово получилъ *М. Я. Пергаментъ*, произнесшій рѣчь: *„По поводу предстоящаго внесенія въ Государственную Думу проекта Гражданскаго Уложенія"* [2]).

---

[1]) Sohm. Bürgerliches Recht въ Systematische Rechtswissenschaft (серія „Kultur der Gegenwart"). S. 1906. 1—2.

[2]) Рѣчь была напечатана въ „Правѣ" 1913 г. № 14.

Послѣ обстоятельной рѣчи моего уважаемаго предшественника, Іосифа Алексѣевича Покровскаго, на тему глубокую и нелегкую, я, положительно, рисковалъ бы утомить васъ, если бы и съ своей стороны пытался предложить нѣчто аналогичное. А потому мои намѣренія другія.

Вашему благосклонному вниманію я рѣшаюсь представить только отдѣльныя, немногія и непритязательныя, притомъ весьма общія соображенія, которыя естественно, болѣе того неотвязчиво, напрашиваются при мысли о предстоящемъ внесеніи въ государственную думу проекта гражданскаго уложенія, — сооображенія вводнаго, такъ сказать, подготовительнаго характера, своего рода пролегомены къ грядущему дѣлу крупной, первостепенной важности—дѣлу реформы гражданскаго права въ Россіи, пусть даже только частичной реформы.

Я сейчасъ упомянулъ о частичности реформы. Да будетъ мнѣ прежде всего позволено остановиться именно на этомъ моментѣ, на неполнотѣ задуманнаго преобразованія.

Какъ извѣстно, правительство выработало не все гражданское уложеніе полностью, а одну лишь часть его, только одну книгу изъ нѣсколькихъ. Правда, эта книга по своему объему значительно превышаетъ всѣ остальныя—она равна двумъ пятымъ приблизительно всего кодекса,—но все же она не болѣе, какъ часть, какъ фрагментъ, ибо призвана обнимать только право обязательственное. Прочіе отдѣлы—право семейственное, вещное, наслѣдственное, какъ и право лицъ и другія, такъ наз. „положенія общія",—все это остается безъ перемѣнъ, остается пока въ своемъ старомъ, мало приглядномъ видѣ.

Однако, правильна ли подобная постановка? И не лучше ли, если уже невозможно сейчасъ осуществленіе всей реформы гражданскаго права, не лучше ли тогда вооружиться терпѣніемъ и дальше, не предпочтительнѣе ли ожидать, пока назрѣетъ и у насъ проектъ гражданскаго уложенія въ цѣломъ, а не какой-то проектъ одного только отдѣла, не какой-то обрывокъ? Вѣдь, духъ и направленіе всѣхъ частей кодекса должны быть однородны, а между тѣмъ, при разновременности ихъ изданія, при значительномъ неизбѣжномъ промежуткѣ годовъ, раздѣляющемъ эти части, однородность недостижима, немыслима.

Такъ могутъ разсуждать и дѣйствительно такъ, напримѣръ, еще не столь давно разсуждалъ покойный русскій цивилистъ, незабвенный Габріэль Феликсовичъ Шершеневичъ [1]).

1) Курсъ гражданскаго права, стр. 455.

Основательно ли намѣченное воззрѣніе, вѣрно ли оно? Отвѣчаю безъ колебанія: нѣтъ, неосновательно и невѣрно. Говорить, вмѣстѣ съ Брандомъ у Ибсена: все или ничего, говорить это въ Россіи въ переживаемую трудную пору, при окружающихъ насъ суровыхъ условіяхъ,—значитъ, конечно, уготовить себѣ, уготовить странѣ не „все", а непремѣнно „ничего". Болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, и болѣе, чѣмъ когда-либо, для современнаго русскаго общества Брандовская дилемма пагубна, антикультурна.

Но я пойду дальше. Мнѣ думается, что сейчасъ намъ не должно даже и *желать* составленія и обсужденія гражданскаго кодекса въ его цѣломъ. „Это былъ бы потерянный трудъ и напрасное разочарованіе", какъ выразился тотъ же Г. Ф. Шершеневичъ въ другой разъ [1]). Въ объемѣ *всего* гражданскаго права мы, поистинѣ, „къ законодательству не призваны". Эта нелестная аттестація, данная сто лѣтъ тому назадъ великимъ Савиньи своему времени, сохраняетъ свою силу для насъ въ Россіи еще и понынѣ—пусть по основаніямъ совершенно различнаго свойства.

А съ другой стороны, развѣ не достигнуто у насъ за послѣдніе годы нѣкоторое, конечно, скромное, однако безспорное улучшеніе права, напр., наслѣдованія? Развѣ не прошелъ все же благодѣтельный въ общемъ законъ о правѣ застройки? А наше архаическое „право собственности на произведенія наукъ, словесности, художествъ и искусствъ" отъ 1830 года, развѣ не удалось его замѣнить стоящимъ на серьезной высотѣ „авторскимъ правомъ" 20 марта 1911 г.? Разумѣется, всѣ эти нововведенія не безъ большихъ дефектовъ—кто станетъ отрицать это?—и, тѣмъ не менѣе, врядъ ли правильно сомнѣваться, что по намѣчаемому такимъ образомъ пути, что именно въ указанномъ направленіи лежитъ цѣлесообразное и прогрессивное развитіе русскаго гражданскаго законодательства въ ближайшемъ и просто близкомъ будущемъ. По этой, а не иной какой дорогѣ намъ и слѣдуетъ шагать все дальше, шагать твердо и смѣло. Въ ряду другихъ болѣе крупныхъ преобразованій, эта дорога должна насъ привести уже скоро къ новой системѣ укрѣпленія недвижимыхъ имуществъ, къ раціональной вотчинной или ипотечной системѣ, которой суждено смѣнить нашу нынѣ дѣйствующую, окончательно устарѣвшую и непригодную систему крѣпостную. Что соотвѣтственные законопроекты готовы и даже внесены были уже и въ третью и во вторую государственную

---

[1]) „Право", 1906, стр. 12.

думу, хорошо извѣстно. Равнымъ образомъ, недалекъ, очевидно, отъ окончательнаго своего завершенія и новѣйшій проектъ устава объ опекахъ и попечительствахъ, надъ которымъ, по проникающимъ въ печать свѣдѣніямъ, нынѣ работаетъ то же министерство юстиціи, утилизируя, естественно, неоднократныя на этотъ же счетъ попытки прежнихъ лѣтъ и обильные матеріалы, завѣщанные не одною комиссіей. Нужно ли прибавлять, что наше дѣйствующее объ опекѣ и попечительствѣ законодательство, построенное, помимо всѣхъ прочихъ своихъ недостатковъ, на началѣ сословности,—что для нашихъ дней оно сущій анахронизмъ, переживаніе отъ временъ былыхъ и далекихъ?

Наконецъ, все та же дорога приводитъ,—нѣтъ, уже привела насъ—и къ проекту обязательственнаго права. Но—такъ могутъ опять возразить—отчего же именно обязательственнаго права? Положимъ, планъ обновленія нашего гражданскаго права по частямъ есть планъ дѣйствительно резонный, надлежащій. Но почему же и въ какихъ видахъ отдавать преимущество обязательствамъ предъ правомъ семейнымъ, вещнымъ, наслѣдственнымъ—обязательствамъ, которыя, къ тому же, и въ нынѣшнихъ нашихъ гражданскихъ законахъ, и по первоначальному проекту всего гражданскаго уложенія, занимаютъ—топографически—послѣднее мѣсто, оказываются въ одномъ случаѣ книгою четвертою, а въ другомъ пятою? Такъ зачѣмъ же начинать съ конца? Оправдывается ли и этотъ образъ дѣйствій?

Да, безусловно оправдывается. Дѣло, конечно, не въ топографіи. Приступать къ частичному созданію новаго гражданскаго кодекса съ какой-либо другой стороны, кромѣ права обязательственнаго, было бы, безъ сомнѣнія, капитальнѣйшею ошибкой,—кто знаетъ, обрекло бы все благое начинаніе на печальнѣйшую неудачу. Недаромъ же исторія кодификаціи гражданскаго права на Западѣ не разъ являетъ намъ тотъ примѣръ—примѣръ краснорѣчивый и убѣдительный, что объединеніе, что реформа гражданскаго права осуществлялись первѣе всего въ области именно обязательствъ. Такъ, Швейцарія уже съ 1881 года находилась въ счастливомъ обладаніи своего такъ наз. союзнаго закона объ обязательствахъ, между тѣмъ какъ въ то же самое время въ той же Швейцаріи, въ сферѣ прочихъ отдѣловъ гражданскаго законодательства, еще долго сохранялись разнообразнѣйшія мѣстныя, кантональныя нормы, происхожденія отчасти стародавняго и содержанія нерѣдко крайне мало овлетворительнаго. И только на нашихъ глазахъ, лишь 1 января

прошлаго 1912 года Швейцаріи дано было дожить до вступленія въ дѣйствіе и цѣлаго гражданскаго уложенія во всемъ его объемѣ, этого новѣйшаго и образцоваго кодекса, достоинства котораго, положительно, велики, а красоты общепризнаны. А въ Германіи занимающій насъ процессъ законодательнаго творчества развѣ не свидѣтельствуетъ о томъ же? Послѣ общевексельнаго устава средины истекшаго 19-го столѣтія, этой первой ласточки частноправового единства Германіи, въ ней появилось въ первой половинѣ шестидесятыхъ годовъ и общее для всего нѣмецкаго народа торговое законодательство. Но и въ предѣлахъ, затѣмъ, гражданскаго права въ собственномъ смыслѣ Германія одно время не сразу собиралась привести въ исполненіе завѣтную мечту своихъ лучшихъ людей, искреннихъ и пламенныхъ патріотовъ, требовавшихъ, подобно Тибо, унификаціи гражданскаго права для всей страны. Достаточно извѣстно, что и здѣсь—не иначе, какъ въ Швейцаріи—единство было первоначально задумано болѣе тѣсное, въ границахъ именно только обязательствъ. Самая конституція сѣверо-германскаго союза, а на первыхъ порахъ и германской имперіи дальше этого не шла. И отъ даннаго этапа въ исторіи германскаго гражданскаго права даже сохранился источникъ, далеко не лишенный интереса. Я имѣю въ виду такъ наз. Дрезденскій проектъ, составленный уже безъ малаго полвѣка тому назадъ, а впослѣдствіи волею судебъ, на почвѣ стеченія обстоятельствъ, положенный въ основу соотвѣтственнаго отдѣла проекта *всего* германскаго гражданскаго уложенія.

Однако, подлинно ли убѣдительны для насъ примѣръ Германіи, примѣръ Швейцаріи? Не было ли тамъ своихъ особыхъ, своеобразныхъ условій, не повторяющихся у насъ? Или не явилось ли тамъ обращеніе къ обязательственному праву результатомъ просто случая—случая, нисколько не побуждающаго къ подражанію?

Нѣтъ, отвѣчу я, дѣло отнюдь не въ случаѣ, а равнымъ образомъ причины, повліявшія тамъ, въ названныхъ странахъ, не могутъ не влять и здѣсь, въ нашемъ отечествѣ, ибо это причины глубокія и, главное, общія.

Вся разгадка, весь ключъ къ вопросу заключается въ томъ, что обязательственное право, въ отличіе отъ правъ семейственныхъ, наслѣдственныхъ и даже вещныхъ, всего менѣе оригинально. На обязательственномъ правѣ всего менѣе лежитъ печать опредѣленной среды, печать географическихъ, историческихъ, этническихъ и прочихъ условій жизни и развитія народа.

Въ тѣснѣйшей связи съ этимъ свойствомъ и фактомъ надле-

жить присовокупить, что въ отдѣлѣ обязательствъ первооснова гражданскаго права—право римское—являетъ особенную универсальность и, слѣдовательно, особенную юность и непреходящность. При всей эволюціи, какой подверглась римская постройка обязательствъ, при всей замѣнѣ субъективно-личной природы римской Obligatio природою характера несравненно болѣе объективно-имущественнаго, при всемъ ослабленіи древняго строго-индивидуальнаго и автономнаго начала включеніемъ начала новаго, соціальнаго, принудительнаго,—несмотря на все, обязательственное право древняго Рима, безусловно вполнѣ пригодный фундаментъ и для нашего современнаго частнаго права. Семья римская отошла въ область безвозвратно пережитаго прошедшаго — и слава Богу! Вещное право Рима, мало выдвигавшее недвижимость, не знавшее самостоятельнаго иммобиліарнаго оборота, и даже римское право наслѣдованія, необыкновенно сложное, чрезмѣрно тонкое и специфическое,—всѣ эти отдѣлы въ глазахъ нынѣшняго цивилиста—все равно, будетъ ли онъ теоретикъ или практикъ, судья или законодатель—не могутъ притязать на ту рѣшающую долю вниманія и признанія, какой, наоборотъ, вправѣ себѣ требовать и сейчасъ еще система обязательствъ, заложенная и пышно развитая юристами-классиками.

И не здѣсь ли, не въ отмѣченныхъ ли только-что свѣтлыхъ сторонахъ трактуемой части римскаго права слѣдуетъ искать объясненія и того факта, что нерѣдко въ уложеніи книга, отведенная обязательственному праву, много удовлетворительнѣе, лучше другихъ книгъ, регулирующихъ иного рода гражданско-правовыя отношенія? Повторяемъ: въ обязательственномъ правѣ работа, совершенная римлянами, особенно велика и почтенна, тутъ римляне успѣли подготовить и создать, успѣли оставить намъ наслѣдіе особенно богатое, неизмѣримой цѣнности и важности.

Вотъ почему и въ германскомъ, между прочимъ, гражданскомъ уложеніи, этомъ крупнѣйшемъ законодательномъ памятникѣ конца 19-го вѣка, романистическій отдѣлъ обязательствъ выдѣляется выгодно, почему сравнительно съ другими частями, властно требовавшими окраски въ цвѣтъ германистическій и содержанія германско-правового, содержанія менѣе разработаннаго и менѣе совершеннаго,—почему и въ нѣмецкомъ B.G.B. нашъ отдѣлъ оказался удачнѣе, былъ встрѣченъ сочувственнѣе, вызывалъ и продолжаетъ вызывать нареканій меньше [1]).

---

1) См., напримѣръ, Lothar Seuffert'a „Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe...", который здѣсь говоритъ o „gute Arbeit" (Beiträge... Bekker'a и Fischer'a, XI, стр. 2).

Наконецъ, вмѣстѣ съ тѣмъ понятно и другое—понятно, отчего въ силу этихъ своихъ положительныхъ качествъ обязательственное право германскаго уложенія было способно служить и фактически взаправду послужило пригоднымъ для насъ образцомъ. Неопытные еще законодатели на трудной нивѣ гражданскаго права, бѣдные силами, знаніемъ и опытомъ, мы, естественно, устремили свой взоръ въ сторону Запада, откуда намъ, вѣдь, и раньше случалось заимствоваться, и притомъ какъ разъ въ области частноправной. Не менѣе, разумѣется, естественно и то, что нашъ взоръ остановился тутъ не на иной странѣ, какъ Германіи, съ ея въ то время новѣйшимъ, еще даже не вступившимъ въ дѣйствіе, уложеніемъ.

Да не послышится въ этихъ словахъ упрекъ. Въ нихъ нѣтъ упрека и не можетъ быть. Кто не ставитъ во главу угла такъ наз. самобытность и не приноситъ ей въ жертву реальныя, хозяйственныя и духовныя блага своего народа; кто и въ сферѣ частнаго права стремится пріобщить русское общество къ высокимъ цѣнностямъ далеко опередившей насъ Европы; кто, наконецъ, не склоненъ преувеличивать строго національныя начала даже и въ нашихъ дѣйствующихъ законахъ гражданскихъ и, во всякомъ случаѣ, не въ недостаткѣ исторической самобытности видитъ крупнѣйшій ихъ грѣхъ,—кто такъ смотритъ на вещи, тотъ, очевидно, не можетъ порицать редакторовъ нашего проекта за то, что, нашедши доброе за рубежомъ, они это доброе не отвергли по тому единственно основанію, что оно отыскалось не дома, не по сю сторону границы.

Только неумѣлое, грубо механическое перенесеніе къ намъ параграфовъ германскаго кодекса способно вызвать съ нашей стороны возраженія и протесты. Въ частности и въ особенности, недопустимо, конечно, ошибочное пониманіе самого образца или невѣрная его передача и тѣмъ самымъ насажденіе у насъ дефектной нормы даже тамъ, гдѣ, наоборотъ, правильное усвоеніе и толковое заимствованіе принесли бы пользу, дали бы результатъ благой.

Лишь въ этомъ, главнымъ образомъ, смыслѣ и должно понимать, въ большинствѣ случаевъ, ту критику, которая раздалась по адресу проекта русскаго гражданскаго уложенія,—точнѣе, его пятой книги, обязательственнаго права, при самомъ появленіи проекта въ исходѣ 1899 года. Безспорно, въ общемъ отнеслись отрицательно, осуждали и даже бранили—это вѣрно, однако не столько за „переводъ“, за фактъ „перевода“, сколько за то, что переводъ вышелъ крайне слабый и плохой. Нерѣдко на тотъ же счетъ выражались даже и рѣзче. Изъ весьма авторитетныхъ представителей суровой критик

я здѣсь назову только покойнаго профессора петербургскаго университета Н. Л. Дювернуа [1]).

Но съ тѣхъ поръ многое успѣло измѣниться, измѣниться къ лучшему. Нѣтъ сомнѣнія, что проектъ въ своей новой, сейчасъ отпечатанной, по счету едва ли не четвертой уже редакціи являетъ изданіе „пересмотрѣнное и исправленное“. И далеко позади, надо думать, остался сейчасъ первый робкій опытъ людей, за своею работою выросшихъ и окрѣпшихъ и вмѣстѣ съ этой работой созрѣвшихъ. Русское общество, такимъ образомъ, имѣетъ достаточное-повидимому, основаніе питать положительныя надежды, и, конечно, данный законопроектъ оно встрѣтитъ и привѣтствуетъ съ искреннимъ и нескрываемымъ доброжелательствомъ.

И тѣмъ не менѣе излишне доказывать, что трудъ еще предстоитъ огромный, грандіозный, упорный.

И трудъ этотъ должны будутъ приложить не одни только наши народные представители и члены нашей верхней палаты. Разумѣется, и они,—пожалуй, даже прежде всего они. Но, не говоря уже о крайней ихъ обремененности, не говоря и объ очевидной среди нихъ малочисленности спеціалистовъ, лицъ достаточно близкихъ къ гражданскому праву и вполнѣ освѣдомленныхъ въ этой все же не совсѣмъ легкой области,—и не развивая этого, небходимо себѣ отдать отчетъ, откровенно и ясно, въ томъ, что по самому существу, по самой своей природѣ парламентъ едва ли призванъ, едва ли способенъ сдѣлать въ данномъ случаѣ все требуемое, выполнить заданіе полностью. Разумѣется, провѣрить, отвѣчаетъ ли будущій законъ дѣйствительнымъ нуждамъ и потребностямъ жизни, занять въ томъ или иномъ вопросѣ позицію общую и принципіальную, дать институту то или другое политическое, соціально-политическое или правно-политическое направленіе, внести въ главу о такомъ-то договорѣ или о вознагражденіи за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣяніемъ,—внести сюда поправку, рядъ поправокъ, солидныхъ поправокъ, съ точекъ зрѣнія справедливости, цѣлесообразности, равновѣсія и мира въ отношеніяхъ между людьми,—все это, очевидно, прямое назначеніе народныхъ представителей, ихъ естественныя функціи и роль. Но нельзя забывать, что помимо, что сверхъ всего этого существуетъ еще другая сторона дѣла—сторона, пусть болѣе сѣрая, однако, немаловажная. Это область

[1]) Пособіе къ лекціямъ по гражданскому праву, вып. 2, стр. III и сл Ср. еще, напр., стр. 103.

построенія, формулировокъ, согласованія, область нерѣдко частностей и деталей,—словомъ, область строго юридическая, а подчасъ и техническая. Пройти мимо нея безъ вниманія и пренебрежительно можетъ только профанъ. Напротивъ того, свѣдущій человѣкъ понимаетъ, насколько ея значеніе серьезно, какъ часто именно ею и степенью ея удовлетворительности обусловленъ практическій успѣхъ кодификаціи и надлежащее отправленіе правосудія. Юристъ знаетъ, что нерѣдко погрѣшности въ технико-юридическомъ отношеніи — таковы истинныя причины „неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія“ законовъ.

Такъ вотъ въ чемъ—если бы даже забыть обо всемъ остальномъ — нашимъ законодательнымъ учрежденіямъ нужна настоятельно помощь, самая интенсивная и энергичная помощь людей компетентныхъ, обширнаго круга образованныхъ юристовъ, подлежащихъ обществъ и учрежденій.

И не можетъ быть, трудно допустить даже отдаленно мысль, чтобы эта помощь не пришла, чтобы въ ней было отказано.

Но одно условіе тутъ, очевидно, весьма полезно и почти обязательно. Я разумѣю возможность для желающихъ, всѣхъ желающихъ ознакомленія съ точнымъ содержаніемъ проекта, съ его текстомъ, а равнымъ образомъ и мотивами, съ такъ наз. объясненіями и запискою.

Разрѣшите мнѣ здѣсь одно небольшое отступленіе. Съ неподдѣльнымъ прискорбіемъ я вынужденъ констатировать, что порядокъ, на этотъ счетъ у насъ заведенный и существующій, отнюдь не благопріятствуетъ тому ознакомленію, той освѣдомленности, о которыхъ я сейчасъ сказалъ.

Наше правительство, наше министерство юстиціи изготовляемыхъ имъ проектовъ и законодательныхъ къ нимъ матеріаловъ не обращаетъ въ публику, не допускаетъ къ продажѣ, вообще не дѣлаетъ ихъ доступными вовсе или, въ лучшемъ случаѣ, дѣлаетъ это въ мѣрѣ и степени совершенно минимальной, близкой къ нулю, абсолютно недостаточной.

Только пятая книга проекта гражданскаго уложенія первой редакціи составила однажды отрадное исключеніе. Но уже другія книги того же проекта и изданія, хотя и оказались въ книжныхъ магазинахъ, но въ столь ничтожномъ количествѣ экземпляровъ, что ихъ хватило лишь на одинъ, такъ сказать, мигъ. И сразу трудъ превратился въ величайшую библіографическую рѣдкость. Но какъ бы то ни было, въ отношеніи этого перваго

изданія имѣлась хотя попытка расширить кругъ читателей за узкіе предѣлы бюрократическихъ мѣстъ и оффиціальныхъ правительственныхъ коллегій. Въ идеѣ, по крайней мѣрѣ, тутъ было за русскимъ обществомъ признано право узрѣть то, что предназначалось стать его гражданскимъ закономъ, должно было опредѣлить положеніе каждаго, личное, семейное, имущественное. Однако, позже и это было сочтено излишнимъ, празднымъ. Ни вторая редакція, ни такъ наз. сводная редакція 1905 года уже и вовсе не могли быть пріобрѣтаемы. Ихъ не разослали даже юридическимъ факультетамъ университетовъ. О такъ называемыхъ „Замѣчаніяхъ на проектъ гражданскаго уложенія", о „Журналахъ редакціонной комиссіи" и о много другомъ я не смѣю и говорить. Все это хранилось крѣпко за семью замками...

И сейчасъ еще, въ нашу конституціонную пору, не слышно ровно ничего объ измѣненіи подобнаго порядка вещей. Приходится самому весьма заботливо стараться о томъ, чтобы путемъ личнаго знакомства, благодаря пріятелю, очутиться обладателемъ драгоцѣннаго источника. Другими словами, и здѣсь русскому гражданину или, вѣрнѣе, русскому обывателю необходимо просить, молить, идти особыми путями. Многочисленные юристы, въ томъ числѣ мои товарищи и ученики, уже теперь обращаются ко мнѣ съ вопросомъ, какой же существуетъ способъ увидѣть проектъ, заглянуть въ него, раздобыть книжку. Мнѣ остается отвѣтить, что такого способа, прямого и гласнаго, я не знаю, что его, кажется, нѣтъ.

Сто лѣтъ тому назадъ знаменитый Іеремія Бентамъ, волею судебъ не совсѣмъ чужой Россіи, писалъ, во второй и послѣдній разъ, Александру I, уже успѣвшему въ то время „генія добра", Сперанскаго, замѣнить „геніемъ зла", Аракчеевымъ. Въ этомъ письмѣ англійскій мыслитель горячо рекомендовалъ императору полную гласность въ дѣлѣ законодательныхъ вопросовъ, высказывая и для себя лично стремленіе къ участію въ этихъ вопросахъ непремѣнно открытому, на глазахъ какой-угодно критики, и сѣтуя на отсутствіе этой желанной и рѣшительно необходимой атмосферы гласности въ тогдашней Россіи. Вотъ что, между прочимъ, писалъ Бентамъ: „При *гласномъ* способѣ кодексъ... дѣлается извѣстнымъ публикѣ, какъ вообще дѣлаются ей извѣстны литературныя произведенія; и это дѣлается съ цѣлью—если не прямо заявленною, то подразумѣваемою и всѣми вообще понимаемою—вызвать замѣчанія, которыя всякое лицо (сдерживая, разумѣется, свои выраженія въ границахъ уваженія и приличія) пожелаетъ выска-

зать также публичнымъ образомъ". Наоборотъ, при *негласномъ* способѣ наблюдается „упущеніе воспользоваться тѣмъ свѣтомъ, какой былъ бы способенъ дать міръ вообще", „какой была бы расположена доставить публика въ ея наибольшей полнотѣ" [1]).

Это писалось въ 1815 году, но, къ сожалѣнію, даже вѣкъ, съ тѣхъ поръ истекшій, и тотъ не принесъ намъ осуществленія одинаково благородной и трезвой мысли Бентама.

Съ чувствомъ горечи и обиды за себя и за свое убѣждаешься, что и въ данномъ отношеніи дѣло на Западѣ поставлено иначе. Когда въ Швейцаріи, только что совершалась реформа гражданскаго права,—какъ тутъ все было доступно! Маленькіе томики, хорошо извѣстные многимъ изъ насъ, заключавшіе проекты отдѣльныхъ частей и всего уложенія во всѣхъ редакціяхъ, обнимавшіе и текстъ, и поясненія, и „посланія" и т. д. и т. д.,—какъ широко они были распространены, какъ появлялись своевременно, какъ легко, безъ малѣйшихъ усилій, за пару франковъ оказывались они и въ нашихъ рукахъ, въ далекой Россіи. Того же начала и тѣхъ же пріемовъ держалась безусловно и Германія со времени своего второго Entwurf'а, и даже Австрія, сравнительно отсталая и къ намъ стоящая гораздо ближе Германіи и Швейцаріи,—и та, обновляя какъ разъ въ настоящую минуту свое нѣкогда прекрасное, а нынѣ уже сильно обветшалое гражданское уложеніе отъ начала прошлаго вѣка, обновляя его, какъ и мы, частями [2]),—даже Австрія, говорю, пріобщаетъ къ этой работѣ населеніе и облегчаетъ ему участіе, свободно раскрывая предъ нимъ матеріалы...

Но при всемъ томъ уповаю: даже поставленное въ малоотрадныя условія, русское общество тѣмъ не менѣе внесетъ свою благодѣтельную, свою крупную лепту въ дѣло созданія у насъ обязательственнаго права. И не призванные офиціально споспѣшествовать разрѣшенію великой задачи, мы, тѣмъ не менѣе, не останемся, не въ правѣ остаться въ роли безучастныхъ, пассивныхъ зрителей— не вправѣ уже потому, что задача предъ нами дѣйствительно великая. Какъ не сознать, что ея благополучное разрѣшеніе явится, для данной немалой части права, поворотнымъ пунктомъ, концомъ одного періода и началомъ другого, началомъ новаго движенія,

---

1) См. Пыпинъ, Русскія отношенія Бентама, „Вѣстникъ Европы" 1869, кн. 4, стр. 755, 758 и сл.

2) См. статью Unger'а „Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches", въ которой онъ, какъ извѣстно, настаиваетъ на преобразованіи австрійскаго гражданскаго права путемъ „mosaikartige Einzelkorrekturen" (Zeitschrift Grünhut'a XXXI стр. 404).

новаго развитія. Только мимоходомъ еще отмѣчу, что этотъ поворотный пунктъ коснется не одной лишь области чисто гражданскаго права. Въ силу проведеннаго редакторами проекта включенія въ него и сдѣлокъ также торговыхъ, вслѣдствіе посильнаго устраненія такъ наз. дуализма въ частномъ правѣ, значеніе проекта должно оказаться первостепеннымъ и для права торговаго.

Все это сугубо налагаетъ на насъ долгъ—долгъ высоко благодарный, но въ то же время глубоко серьезный и отвѣтственный.

Вспомнимъ, въ какой необычайной мѣрѣ еще такъ недавно нѣмецкое общество, нѣмецкіе юристы—юристы-добровольцы—переработали, исправили, улучшили то, что было задумано и изготовлено, что предлагалось союзнымъ правительствомъ. Вспомнимъ, какъ громко и сильно отозвалось тогда въ Германіи общественное мнѣніе, съ какимъ вниманіемъ и уваженіемъ оно было выслушано. Тогда блестяще подтвердилось, что общественное мнѣніе—это несомнѣнный, это немаловажный факторъ представительнаго строя.

Мнѣ въ ту пору случилось жить въ Германіи. И я никогда не забуду того оживленія, поразительнаго и небывалаго, коего я былъ свидѣтелемъ. Оно проявилось въ печати и литературѣ—въ газетахъ, журналахъ, книгахъ, въ необозримой массѣ брошюръ и листковъ, проявилось въ многочисленныхъ собраніяхъ и обществахъ, политическихъ, профессіональныхъ и ученыхъ, въ длинномъ рядѣ докладовъ, рѣчей, лекцій, курсовъ на тему о будущемъ гражданскомъ уложеніи и по поводу уложенія. Я не способенъ забыть того огромнаго, рѣдчайшаго подъема, который охватилъ тогда самые далекіе круги нѣмецкой націи и проникъ глубоко внутрь ея, охватилъ и юристовъ и не-юристовъ, и теоретиковъ и практиковъ, людей разнообразнѣйшихъ классовъ, занятій, возрастовъ. Казалось, всѣ понимали, что моментъ переживается исключительный, историческій.

Почитаю себя счастливымъ, что мнѣ довелось это видѣть и ощутить. Но я почту себя, по истинѣ, во сто кратъ счастливѣе, если тѣ же оживленіе и подъемъ—пусть даже въ одной сотой только долѣ—судьбѣ угодно будетъ дать мнѣ наблюдать и испытать у насъ въ Россіи, на почвѣ нашей русской, родной дѣйствительности, въ связи съ предстоящею всѣмъ намъ работою надъ проектомъ гражданскаго уложенія.

По окончаніи рѣчи М. Я. Пергамента, вызвавшей единодушные апплодисменты присутствующихъ, годовое Собраніе было закрыто предсѣдателемъ М. М. Ковалевскимъ.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

16 марта 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ члена редакціоннаго комитета административнаго отдѣленія Общества *К. Н. Соколова.*

Предметомъ занятій служили: 1) выборы новыхъ дѣйствительныхъ членовъ; 2) избраніе по административному отдѣленію предсѣдательствующаго, его товарища и 3 членовъ редакціоннаго комитета; 3) сообщеніе дѣйствительнаго члена Общества *В. М. Гессена: „Наука государственнаго права въ Россіи“*; 4) бесѣда по предмету сообщенія.

Засѣданіе началось съ выборовъ новыхъ дѣйствительныхъ членовъ, давшихъ слѣдующій результатъ: избранными оказались всѣ предложенные кандидаты—А. Е. Хохряковъ, А. М. Александровъ и М. М. Ичасъ.

Затѣмъ произведены были выборы предсѣдательствующаго, товарища предсѣдательствующаго и 3 членовъ редакціоннаго комитета. По подсчету поданныхъ записокъ оказалось, что переизбранъ весь прежній составъ комитета, а именно: предсѣдателемъ избранъ *В. М. Гессенъ*, товарищемъ предсѣдателя—*С. В. Ивановъ* и членами комитета—*К. Н. Соколовъ, І. В. Гессенъ* и *гр. П. М. Толстой.*

Послѣ того заслушано было сообщеніе *В. М. Гессена: „Наука государственнаго права въ Россіи“.*

Получивъ отъ предсѣдателя слово, докладчикъ сообщилъ слѣдующее [1]):

---

[1]) Докладъ былъ напечатанъ въ „Извѣстіяхъ С.-Петербургскаго Политехническаго Института, отдѣлъ наукъ экономическихъ и юридическихъ“, т. XIX (1913 г.).

I.

Еще въ пятидесятыхъ годахъ минувшаго столѣтія Робертъ фонъ-Моль утверждалъ, что въ Россіи науки государственнаго права вообще не существуетъ [1]. Такое утвержденіе страдаетъ, разумѣется, чрезмѣрной категоричностью; вѣрно, однако, то, что до последняго времени наука эта въ Россіи влачила незавидное существованіе. Тѣ обстоятельства, которыя въ теченіе XVII и XVIII вѣковъ препятствовали на Западѣ ея развитію, вліяли такимъ же образомъ и у насъ; къ нимъ необходимо еще присоединить крайне низкій умственный уровень нашего общества XVII и XVIII вѣковъ, его индифферентизмъ къ вопросамъ государственной жизни,—ту „аполитичность", которая дѣйствительно въ теченіе долгаго времени могла казаться прирожденнымъ свойствомъ славянской натуры. Возникновеніе науки государственнаго права въ Россіи относится къ XVIII в. Уже при Петрѣ Великомъ и въ значительной степени по его инициативѣ появляется рядъ переводовъ, посвященныхъ историческимъ и политическимъ наукамъ: Іог. Слейдана о четырехъ монархіяхъ, Пуфендорфа введеніе въ европейскую исторію, Іуста Липсія увѣщаніе и приклады политическіе, Пуфендорфа объ обязанностяхъ человѣка и его же естественное право, Гуго Гроція о правѣ войны и мира и мн. др. [2]. Въ 1718 г. издается указъ, предписывающій въ общей формѣ „переводить книги юриспруденціи и прочія" [3]. Подъ вліяніемъ Запада у немногихъ, наиболѣе выдающихся представителей высшаго общества появляется интересъ къ публицистической литературѣ. Такъ, напримѣръ, въ библіотекѣ извѣстнаго дѣятеля петровской эпохи—графа А. А. Матвѣева мы находимъ собраніе сочиненій Гуго Гроція, Пуфендорфа, Локка и др. [4]. Еще болѣе богато представлена доктрина естественнаго права въ знаменитой библіотекѣ верховника кн. Д. М. Голицына: кромѣ Пуфендорфа и Гроція, мы находимъ въ ней Локка и Гоббса, Губера и Сиднея и мн. др. [5]. Какъ извѣстно, знаменитая „Правда воли Монаршей" Феофана Прокоповича воспроизводитъ начала естественнаго права по системамъ Гоббса и Пуфендорфа. Историкъ Татищевъ основательно знакомъ съ произве-

[1] R. v. Mohl, Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften, т. I, стр. 24.

[2] Иконниковъ, Русскіе университеты въ связи съ ходомъ общественнаго образованія (Вѣстникъ Европы, 1876, сент., стр. 167).

[3] I П. С. З. № 3208, см. также № 4443.

[4] Иконникова, назв. соч., В. Е., 1876, сент., стр. 169.

[5] Чтенія общ. ист. древн., 1900 г., кн. 3, смѣсь.

деніями Гоббса, Локка, Томазія и др. [1]). Въ теченіе всего XVIII в. въ Россіи, какъ и во Франціи, пророкомъ философіи и исторіи является Пуфендорфъ; въ частности по его книгамъ обучается Петръ III [2]).

Съ учрежденіемъ Академіи Наукъ и впослѣдствіи Московскаго университета наука государственнаго права пріобрѣтаетъ у насъ характеръ университетской науки. Первые наши профессора права—иностранцы; большинство изъ нихъ питомцы германскихъ университетовъ. Уже въ Академическомъ университетѣ читается правовѣдѣніе и въ частности исторія публичнаго права,—сначала Бекенштейномъ (1726—1735) [3]), а затѣмъ Штрубе-де-Пермонтомъ (1738—1757) [4]) и Федоровичемъ (въ шестидесятыхъ годахъ XVIII в. [5]); академикъ по каѳедрѣ нравоучительной философіи Х. Ф. Гроссъ объясняетъ на лекціяхъ объ обязанностяхъ гражданина и человѣка по Пуфендорфу [6]). Съ возникновеніемъ Московскаго университета (1755) каѳедру правовѣдѣнія занимаютъ австріецъ Дильтей (1756—1781) [7]), Шаденъ (1756—1797) [8]), Лангеръ (1764—1774) [9]), Скіаданъ (1776—1802) [10]) и др. Учениками Дильтея являются первые русскіе профессора юристы Десницкій [11]) и Третьяковъ [12]). Съ открытіемъ Казанскаго университета (1804) на каѳедру юридическихъ наукъ попечителемъ Разумовскимъ приглашается сначала Бюнеманъ, а послѣ его смерти (1808) извѣстный юристъ докторъ Гетингенскаго университета Финке (1809—1814) [13]). Въ Харьковъ попечитель графъ Потоцкій по рекомендаціи Гете и Шиллера назначаетъ извѣстнаго своими трудами ученаго, профессора Іен-

---

1) Иконниковъ, назв. соч., стр. 170.

2) Тамъ же, стр. 168, прим. 2.

3) Пекарскій, Исторія Академіи Наукъ, I, стр. 197 и слѣд.

4) Тамъ же, I, стр. 671 и сл.

5) Коркуновъ, Исторія философіи права, стр. 282.

6) Пекарскій, назв. соч., I, стр. 213 и сл.

7) Біографическій словарь профессоровъ и преподавателей Московскаго университета (1855), т. I, стр. 301 и сл.

8) Тамъ же, т. II, стр. 558 и сл.

9) Тамъ же, т. I, стр. 447 и сл.

10) Тамъ же, т. II, стр. 416 и сл.

11) Словарь проф. Моск. унив., I, стр. 297 и сл.; Рѣчи профессоровъ Московскаго унив., 1819, т. I, стр. 209 и сл.; срв. также Н. М. Коркуновъ, Исторія философіи права, стр. 285 и сл.

12) Словарь проф. Моск. унив., II, стр. 505 и сл.

13) Н. Буличъ, Изъ первыхъ лѣтъ Казанскаго университета, т. II, стр. 48 и сл.

*

скаго Университета Шада (1804—1816) [1]) и не менѣе извѣстнаго кантіанца—профессора Якоба (1807—1809), автора многочисленныхъ трудовъ по философіи вообще и по философіи права въ частности [2]).

Новые наши ученые—иностранцы, выписанные изъ Германіи и не знакомые съ русской дѣйствительностью—въ своей преподавательской дѣятельности остаются вѣрными традиціи германскихъ университетовъ: они насаждаютъ у насъ философію естественнаго права. Въ Академическомъ университетѣ Гроссъ читаетъ по Пуфендорфу [3]); Штрубе-де-Пирмонтъ слѣдуетъ лекціямъ Христіана Томазія [4]); профессоръ философіи Браунъ читаетъ теоретическую и практическую философію по руководству Тиммига, представляющему сокращеніе Вольфа [5]). Въ Московскомъ университетѣ Дильтей излагаетъ естественное право по Пуфендорфу [6]); Шаденъ практическую философію и этику читаетъ по Винклеру, Федеру и Якобу, объясняетъ сочиненія Пуфендорфа о правахъ человѣка и гражданина, излагаетъ народное право по Ваттелю, политику по Бильфельду и т. д. [7]); Скіаданъ преподаетъ естественное и народное право по Пуфендорфу [8]); Лангеръ въ своихъ лекціяхъ придерживается одного изъ извѣстныхъ послѣдователей Вольфа, Неттельбладта [9]); Буле (1806) знакомитъ Московскій университетъ съ философскими системами Канта, Фихте и Шеллинга [10]). Въ XIX в. въ преподаваніи философіи права съ Пуфендорфомъ начинаетъ все болѣе и болѣе конкурировать Кантъ, извѣстный, впрочемъ, въ Россіи уже съ екатерининскихъ временъ [11]). Такъ напримѣръ, въ Ка-

---

1) Д. И. Багалѣй, Удаленіе проф. Шада изъ Харьковскаго университета (въ „Очеркахъ изъ русской исторіи“, т. I, стр. 155 и сл.) см. также Д. И. Багалѣя, Опытъ исторіи Харьковскаго университета, I, стр. 494 и сл.; стр. 653 и сл.

2) Д. И. Багалѣй, Опытъ исторіи Харьковскаго университета, I, стр. 501 и сл.; стр. 662 и сл.

3) Пекарскій, Исторія Академіи Наукъ, I, стр. 214.

4) Тамъ же, I, стр. 672.

5) Иконниковъ, В. Е. 1876, сент., стр. 198.

6) Біогр. Словарь, стр. 302.

7) Тамъ же, II, стр. 567.

8) Тамъ же, II, стр. 417.

9) Тамъ же, I, стр. 447.

10) Тамъ же, I, стр. 119.

11) Въ 1794 г. Академія Наукъ избираетъ Канта своимъ членомъ. М. И. Сухомлиновъ, Исторія россійской Академіи, т. II, стр. 390).

зани Финке [1]), въ Харьковѣ Якобъ [2]) являются убѣжденными послѣдователями философіи Канта. Когда впослѣдствіи на каѳедрахъ Московскаго и провинціальныхъ университетовъ появляются первые русскіе профессора, почти всѣ они идутъ, разумѣется, по стопамъ своихъ учителей-нѣмцевъ [3]). Такъ напримѣръ, въ Московскомъ Университетѣ Аничковъ (1662—1788) преподаетъ философію по Вольфу [4]), Брянцевъ (1788—1821) [5]) и Любимовъ (1820—1822) [6])—послѣдователи Канта. Въ Петербургѣ Куницынъ, ученикъ Гейдельбергскаго и Геттингенскаго университетовъ, профессоръ Царскосельскаго Лицея и Педагогическаго Института (впослѣдствіи преобразованнаго въ университетъ) въ своемъ замѣчательномъ „Естественномъ правѣ" (1818—1820) придерживается ученія Руссо и Канта. Въ Казани Солнцевъ (1815—1821) аттестуетъ себя ученикомъ „знатнѣйшихъ профессоровъ Геттингенскаго университета" [7]). Вообще по уставамъ Московскаго университета 1755 г., Московскаго, Виленскаго, Харьковскаго и Казанскаго 1804 г., Демидовскаго училища высшихъ наукъ 1805 г., Царскосельскаго Лицея 1810 г., Петербургскаго Главнаго Педагогическаго Института 1816 г., Ришельевскаго Лицея 1817 г., центральное мѣсто въ преподаваніи права занимаетъ естественное право. О систематическомъ и научномъ преподаваніи русскаго государственнаго права въ это время не можетъ быть и рѣчи, какъ по отсутствію соотвѣтственнымъ образомъ подготовленныхъ преподавателей, такъ равно, по неизвѣстности и недостаточности государственно-правового матеріала [8]). Вопросъ о характерѣ и степени вліянія есте-

---

[1]) Буличъ, н. с., стр. 54, прим. 1.

[2]) Сухомлиновъ. Изслѣдованія и статьи, т. I, стр. 113.

[3]) О Десницкомъ см. ниже стр. 208 и сл.

[4]) Словарь проф. Моск. унив. I, стр. 5; срв. также біографію Аничкова въ „Рѣчахъ профессоровъ Московскаго университета", т. II, стр. 3 и сл.

[5]) См. Иконникова въ В. Е., 1876 г., окт., стр. 534; Словарь проф. Моск. унив. I, стр. 109; Рѣчи профессоровъ Моск. университета, III, стр. 8 и сл.

[6]) Иконниковъ, ib., стр. 534.

[7]) Буличъ, н. с., стр. 778 и сл.; стр. 781; Загоскинъ, Біографическій словарь профессоровъ Казанскаго университета, II, стр. 74 и сл.

[8]) Еще въ 1810 г. проф. Цвѣтаевъ, во вступительной лекціи, прочитанной въ Московскомъ университетѣ, восклицаетъ: „Авось кромѣ Юридическихъ словарей и Памятниковъ изъ законовъ мы нѣкогда увидимъ систематическія сочиненія о Законахъ!" (Начертаніе теоріи законовъ, М., 1816 г., предисловіе).

ственно-правовой доктрины на нашу младенческую науку права конца XVIII и начала XIX в. еще не былъ, къ сожалѣнію, сдѣланъ предметомъ научнаго изслѣдованія; во всякомъ случаѣ, вліяніе это являлось весьма и весьма значительнымъ Начиная со второй половины XVIII в., на книжномъ рынкѣ все чаще и чаще появляются многочисленныя, по тому времени, сочиненія, оригинальныя и переводныя, посвященныя естественному праву, какъ частному, такъ и публичному [1]). Сочиненія эти теперь основательно забыты и нигдѣ въ современной литературѣ не встрѣтить на нихъ ссылки. Приведемъ поэтому наиболѣе важныя изъ нихъ: Золотницкій, Сокращеніе естественнаго права, выбранное изъ разныхъ авторовъ для пользы россійскаго общества (1764); Неттельбладтъ, Начальныя основанія всеобщей отечественной юриспруденціи (М. 1770); Наумовъ, Начертанія естественнаго права (М. 1808—1809); Стржемень-Стройновскій, Наука права природнаго, политическаго и государственнаго (Спб. 1809); Цейлеръ, Естественное право (Спб. 1809); Филимоновъ, Система естественнаго права (Спб. 1811); Schad, Institutiones juris naturae (Chark. 1814) [2]); Фринке, Естественное, частное, публичное и народное право (Казань, 1816); Цвѣтаевъ, Начертаніе теоріи законовъ (М. 1816); Рейнгардъ, Естественное право (Каз. 1816); Перро, Основы естественнаго законодательства (Спб. 1815—1819) [3]); Куницынъ, естественное право (Спб. 1818—1820); Шмальцъ, Первое начало права естественнаго (М. 1816); Его же, Частное естественное право (Спб. 1820);

---

1) Объ естественно-правовомъ направленіи въ наукѣ гражданскаго права см. Г. Ф. Шершеневичъ, Наука гражданскаго права въ Россіи, стр. 10 и сл.

2) О замѣчательномъ во многихъ отношеніяхъ изслѣдованіи Schad'a см. у Багалѣя, Удаленіе проф. Шада изъ Харьковскаго университета (Очерки изъ русской исторіи, т. I, стр. 155 и сл.).

3) Совершенно ничтожная книга; анонимный переводчикъ въ предисловіи говоритъ о своихъ занятіяхъ во многихъ частяхъ государственнаго управленія; въ числѣ „подписавшихся на книгу особъ“ указаны Императрица Марія Ѳеодоровна, гр. Румянцевъ, Н. С. Мордвиновъ, А. С. Шишковъ, гр. С. Н. Салтыковъ, кн. С. С. Голицынъ, кн. Г. М. Кантакузенъ и др. Въ своемъ стремленіи къ „чистотѣ русскаго языка“ переводчикъ не останавливается передъ самымъ фантастическимъ словообразованіемъ. Приведемъ, курьеза ради, нѣсколько примѣровъ: геометрія—мѣроземіе; объектъ—улогъ и обдумъ; aptitude—удособіе; философъ—любомудръ; политика—градоклоніе или общеклоніе; моралистъ—нравоставъ, и т. д.

Л. Цвѣтаевъ, Первыя начала правъ частнаго и общаго съ присовокупленіемъ основаній народнаго права (М. 1823); Лодій, Теорія общихъ правъ (1828) и др.

Господство философскаго направленія въ преподаваніи публичнаго права не было и не могло быть въ России сколько-нибудь прочнымъ и долговѣчнымъ. Реакція 20-хъ годовъ всею своею тяжестью обрушилась на философію естественнаго права, являющуюся, по выраженію Магницкаго, „изобрѣтеніемъ невѣрія новѣйшихъ временъ сѣверной Германіи, умозрительной и полной системой всего того, что мы видѣли въ революціи французской на самомъ дѣлѣ". Иначе, разумѣется, и не могло быть; теоріи естественнаго права, хотя бы и самыя благопріятныя, являлись по своему существу отрицаніемъ господствующаго въ Россіи правопорядка. Могли ли сподвижники Аракчеева и Голицына претерпѣть преподаваніе философіи Канта и политической доктрины Руссо въ Россійскихъ университетахъ? А между тѣмъ, именно философія Канта и даже политическое ученіе Руссо преподавались въ университетахъ александровской эпохи; для того, чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно познакомиться съ замѣчательнымъ во многихъ отношеніяхъ „Естественнымъ правомъ" русскаго кантіанца, профессора Императорскаго Лицея, Александра Куницына [1]).

Подъ правомъ естественнымъ, въ отличіе отъ положительныхъ законовъ, основанныхъ на произволѣ законодателей, Куницынъ понимаетъ нравоученіе, излагающее законы, выводимые изъ природы человѣческаго разума [2]). Главное формальное начало права можетъ

---

[1]) Право естественное, сочиненное профессоромъ Императорскаго Лицея Александромъ Куницынымъ, ч. I, Спб. 1818; ч. II, Право прикладное, Спб. 1820.

[2]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 6; ср. Рейнгардъ, Естественное право, Введ., § 1: „Есть права, кои могутъ быть названы и называются обыкновенно естественными, поелику они дарованы человѣку самой природою, или, поелику, они нераздѣльно сопряжены съ естествомъ и свойствомъ человѣческимъ, или, наконецъ, поелику основываются на однихъ законахъ природы и разума"; гл. I § 7: „Разсудокъ по естеству своему имѣетъ власть законодательную". Цвѣтаевъ. Первыя начала правъ частнаго и общаго, введ., § 5: „Разумъ есть единственное основаніе правъ и должностей". Филимоновъ, Система естественнаго права, § 20: „Правила сношеній между лицами, права, ихъ опредѣляющія, основываются на естественно-свойственномъ имъ законѣ практическаго разума; слѣдовательно правила, основывающія право, суть естественныя". § 12: „Всякое требованіе лица, основанное на

быть выражено слѣдующимъ образомъ: человѣкъ имѣетъ право на всѣ дѣянія и состоянія, при которыхъ свобода другихъ людей по общему началу разума сохранена быть можетъ. То же начало, выраженное въ отрицательной формѣ, гласитъ: не употребляй другихъ людей, какъ средство для своихъ цѣлей [1]). Понимаемое такимъ образомъ естественное право является источникомъ врожденныхъ (естественныхъ) правъ человѣка, правъ неотчуждаемыхъ и неотъемлемыхъ [2]). Предписанія права положительнаго могутъ простираться не на всѣхъ гражданъ. Верховная власть по своему усмотрѣнію можетъ однимъ гражданамъ дать преимущественныя права, а на другихъ возложить особенныя обязанности. Въ правѣ естественномъ права и обязанности людей, какъ разумныхъ существъ, равны и одинаковы [3]).

Говоря о врожденныхъ правахъ, Куницынъ различаетъ: право употребленія силъ своихъ и право достиженія благополучія. Изъ права существованія онъ выводитъ право на жизнь и самооборону: въ природномъ состояніи человѣка никто не можетъ располагать

правилѣ практическаго разума, есть право". § 14: „Сія основанность на правилѣ практическаго разума, дающая право требовать, называется основаніемъ права". [Ср. Кукольникъ, Россійское частное гражданское право, Спб., 1815, § 15; Терлаичъ, Руководство къ познанію частнаго гражданскаго права Россіи, Спб., 1810, ч. I, § 23, ч. II, § 1.

[1]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 34; Ср. Цвѣтаевъ, назв. соч., введ., § 7: „Не почитай человѣка ни въ себѣ, ни въ другихъ за средство, но за цѣль, ибо всякое разумное существо есть само по себѣ цѣль"; Ф. Рейнгардъ, назв. соч., § 52; Филимоновъ, назв. соч., § 40; Цвѣтаевъ, Начертаніе теоріи законовъ, М. 1817, стр. 44: „Основаніе законовъ положительныхъ есть то же самое, какое нравоучительныхъ и естественныхъ: „поступай такъ, чтобы правило твоихъ поступковъ могло послужить закономъ для всѣхъ тебѣ подобныхъ, или какъ другіе выражаютъ: не употребляй человѣчество ни въ себѣ, ни въ другихъ за средство, но почитай оное за цѣль".

[2]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 75; Рейнгардъ, назв. соч., гл. VII, § 54: „Нравственно невозможно, чтобы каждый человѣкъ лишаемъ былъ другими права личности, или самъ себя лишалъ онаго, ибо право личности есть неприкосновенное и неотчуждаемое"; Цвѣтаевъ, Первыя начала, I, § 6.

[3]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 13; Цвѣтаевъ, Первыя начала, I, § 5: „Поелику разумъ есть единственное основаніе правъ и должностей, и сей всѣмъ людямъ приличествуетъ, несмотря на разность способностей: слѣдовательно всѣ означенныя права принадлежатъ всѣмъ людямъ безъ всякаго различія".

его жизнью [1]). Изъ того же права существованія выводится право сохранять свои познавательныя силы и способности: кто препятствуетъ человѣку существовать по-человѣчески, тотъ механическому подлежитъ принужденію, какъ существо подъ закономъ разума не состоящее [2]). Второй категоріей естественныхъ правъ, по Куницину, является „право дѣйствовать"; подъ эту категорію онъ подводитъ свободу мысли и слова, религіозную свободу и свободу вѣроисповѣданія [3]). Какъ странно въ атмосферѣ 20-хъ годовъ минувшаго вѣка должны были звучать благородныя и мужественныя тирады Куницына, хотя бы, напримѣръ, вродѣ слѣдующей: „Сужденія, признаваемыя отъ нѣкоторыхъ людей заблужденіями, не подвергаютъ взысканію тѣхъ, кои почитаютъ ихъ истинными, хотя бы число сихъ послѣднихъ было меньшее; ибо, во-первыхъ. истина опредѣляется не большинствомъ голосовъ, а силою доводовъ и, во-вторыхъ, она основывается на внутреннемъ убѣжденіи человѣка въ безошибочности своего сужденія, а не на примѣрѣ другихъ. Предположеніе, что одинъ можетъ ввести въ заблужденіе другихъ, не можетъ служить препятствіемъ къ свободному сообщенію мысли, ибо сіе послѣдствіе есть только возможное, а право человѣка изъяснять свои мысли есть неоспоримое" [4]). Или—другая:

---

[1]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 57.

[2]) Тамъ же, I, стр. 60.

[3]) О свободѣ союзовъ и обществъ Куницынъ говоритъ въ другомъ мѣстѣ, ч. II, стр. 101 и сл. Рейнгардъ различаетъ: право личности („право требовать, чтобы другіе признавали его лицомъ и почитали его таковымъ"), право собственности, право защищать себя отъ обидъ (гл. VI, §§ 46—50); право личности—libertas naturalis, какъ ее называетъ Рейнгардъ—заключаетъ въ себѣ: право самосохраненія и право самоусовершенія, а посему право улучшенія своего состоянія какъ внутренняго, такъ и внѣшняго (гл. VII, § 59). Филимоновъ различаетъ права человѣка, истекающія изъ физическихъ способностей и нуждъ, и права, происходящія отъ моральныхъ способностей человѣка. Къ первымъ („наружное личное право") онъ относитъ: право существовать свободно, какъ лицо въ физическомъ отношеніи, сохранять свое здоровье, совершенствовать физическія свои способности, трудиться для пользы своей и для пользы другихъ и т. д.; ко вторымъ („внутреннее личное право") онъ относитъ: право образовывать моральныя способности, распространять свои познанія, сохранять моральное достоинство, разсуждать обо всѣхъ предметахъ, ему представляющихся, основывать сужденія свои на свободномъ дѣйствіи разума, скрывать мысли свои, скрывать свои мнѣнія, скрывать свои чувствованія" (назв. соч., §§ 36 и сл.).

[4]) Куницынъ, назв. соч., I, стр. 65.

„На правѣ свободно мыслить и дѣйствовать основывается право свободнаго исповѣданія религіи... по сему всякое гоненіе за религію есть противозаконное насиліе... Кто можетъ присвоить себѣ исключительное право необманчивости и поставить свои мнѣнія непреложнымъ закономъ для прочихъ?.. Терпимость есть самое надежное оружіе для пораженія раскола, ибо она даетъ людямъ время размыслить о догматахъ своей вѣры... Самая верховная власть въ государствѣ тогда только имѣетъ право отвертнуть какое-либо вѣроисповѣданіе, когда найдетъ оное вреднымъ для взаимной свободы гражданъ или общественнаго порядка и спокойствія. Потому въ благоучрежденныхъ государствахъ предоставлена совершенная свобода вѣроисповѣданіямъ“ [1])

Чистому естественному праву Куницынъ противополагаетъ естественное право прикладное, т. е. право, опредѣляющее права и обязанности, принадлежащія людямъ уже перешедшимъ изъ естественнаго въ общественное состояніе [2]). Самый переходъ въ общественное состояніе совершается путемъ договора [3]). Куницынъ раз-

[1]) Тамъ же, II, стр. 1 и сл. Ср. Рейнгардъ, назв. соч., ч. II, гл. 1, § 221: „Естественное состояніе предшествуетъ гражданскому и называется естественнымъ потому, что въономъ права человѣческія могутъ быть опредѣляемы только одними законами естественными и защищаемы естественными силами каждаго. Въ состояніи же гражданскомъ, кромѣ законовъ естественныхъ, существуютъ еще законы положительные, силою коихъ права каждаго утверждаются и точнѣе опредѣляются. Въ немъ также существуетъ сила публичная, служащая къ защищенію и сохраненію правъ каждаго“, Кукольникъ, назв. соч., введеніе §§ 1 и сл.

[2]) Ср. Терлаичъ, назв. соч., ч. I § 22: „Опредѣленіе права и ему соотвѣтственной должности по человѣческому произволу бываетъ токмо въ обществѣ гражданскомъ, коего цѣль есть защита правъ всѣхъ лицъ, составляющихъ оное, и коего члены, по предполагаемому первоначальному договору, яко основанію общества, должны повиноваться единому, идеальному ли или существенному лицу, яко первому начальнику общества. Въ семъ случаѣ, и предыдущая воля всѣхъ, и последующая Высочайшаго Начальника имѣетъ законную силу для каждаго члена общества; а посему основаніемъ всѣхъ взаимныхъ правъ и должностей предполагается воля всѣхъ членовъ общества, соединенная въ единую волю того, кому препоручено изъясненіе воли всеобщей. Рейнгардъ, назв. соч., гл. VI § 260: „Повиновеніе подданныхъ не есть рабство, или должно предполагать, что сами подданные по побужденію свободной воли подверглись законамъ и начальникамъ, Высочайшимъ повелителемъ постановленнымъ“. Цвѣтаевъ, Начертаніе теоріи законовъ, гл. II, §§ 10—12; его же, Первыя начала, II, § 65.

личаетъ общество равное, въ которомъ ни одинъ членъ не имѣетъ власти общественной, ибо она принадлежитъ всѣмъ вмѣстѣ, и общество неравное, въ которомъ власть общая принадлежитъ или физическому лицу, или нравственному, т. е. нѣкоторымъ членамъ вмѣстѣ. Первое учреждается договоромъ соединенія (pactum unionis); второе—кромѣ договора соединенія, договоромъ подданства (pactum subjectionis [1]). Характеристика равнаго общества заимствуется Куницынымъ у Руссо („въ обществѣ равномъ верховный властитель есть общая воля“); неравное общество—это „положительное“ существующее въ исторіи, государство. Этому государству—значитъ и Россіи—Куницынъ предъявляетъ рядъ требованій, вытекающихъ изъ естественнаго права. Властитель общества, какъ ограниченный, такъ и не ограниченный, обязывается наблюдать, какъ права членовъ, такъ и права самого общества. Употребленіе власти общественной безъ всякаго ограниченія есть тиранство и кто оное производитъ есть тиранъ. Никто не имѣетъ права быть тираномъ, ибо никто не можетъ быть безъ законныхъ предѣловъ въ употребленіи власти. Такимъ образомъ, каждый властитель имѣетъ не только совершенныя права, но и совершенныя обязанности къ своимъ подчиненнымъ. Неотчуждаемыя и неотъемлемыя права и въ самомъ обществѣ, и въ самомъ подданствѣ должны оставаться неприкосновенными [2]). Законъ властителя, нарушающій права, которыя защищать долженъ, ничтоженъ [3]).

Никто не обязанъ повиноваться верховной воли, если она устроена такъ, что отъ нея необходимо проистекаютъ нарушенія

---

[1]) Куницынъ, назв. соч., II, стр. 16 и сл.

[2]) Тамъ же, II, стр. 24 и сл. Ср. Цвѣтаевъ, Первыя начала, II, § 11: „Всякій подданный подчиненъ Верховной власти для цѣли общества и сколь далеко оная простираться можетъ“; § 51: „Гражданское законодательство не можетъ уничтожить врожденныхъ правъ человѣка, ниже отнимать пріобрѣтенныхъ справедливо“; § 67: „Такой образъ правленія правомѣренъ, который учрежденъ согласно съ правами человѣческими“; § 71: „Естественный или истинный образъ правленія есть тотъ, который основанъ на первыхъ началахъ общежитія, а искусственный есть тотъ, который отъ оныхъ отступаетъ“; § 72: „Когда Верховная власть вручена одному физическому лицу, сообразно началамъ общежитія, таковое правленіе называется монархіей“; § 73: „Когда власть Монарха не подвержена никакимъ ограниченіямъ, сіе называется Деспотизмомъ“; § 74: „Деспотизмъ превращается въ тиранію, когда правительство нарушаетъ первобытныя права человѣка“.

[3]) Куницынъ, назв. соч., II, стр. 97.

правъ [1]). Властитель является физическимъ, или нравственнымъ лицомъ, которое, изображая общую волю, имѣетъ притомъ и свою частную; должность повиновенія не распространяется на подданныхъ, когда властитель подъ видомъ общей хочетъ исполнить свою частную волю [2]). Когда властитель нарушаетъ коренные законы государства, то воля его въ семъ случаѣ не есть верховная, но частная и кто ей не повинуется, тотъ не нарушаетъ правъ величества [3]).

Такова философія права Куницына. Само собою понятно, что въ Россіи рассматриваемой эпохи она не могла быть терпимой. И если Пушкинъ, лицейскій ученикъ Куницына, писалъ о немъ: „Куницыну—дань сердца и вина! Онъ создалъ насъ, онъ воспиталъ нашъ пламень! Поставленъ имъ краеугольный камень, имъ чистая лампада возжена!»,—то, съ другой стороны, Руничъ въ своей запискѣ объ „Естественномъ правѣ“ Куницына съ неменьшимъ основаніемъ восклицаетъ: „Злой духъ тьмы носится надъ вселенной, силясь мрачными крылами своими заградить отъ смертныхъ свѣтъ истины, просвѣщающій и освѣщающій всякаго человѣка въ мірѣ. Счастливымъ почту себя, если вырву, хотя одно перо изъ чернаго крыла противника Христова“ [4]).

Мистическая реакція второй половины царствованія Александра I объявляетъ рѣшительную войну—войну не на жизнь, а на смерть—раціоналистической философіи вообще. Преклоненіе предъ практическимъ разумомъ, какъ верховнымъ законодателемъ, объявляется новымъ идолопоклонствомъ, отрицающимъ божественныя истины христіанской религіи [5]). Ученія естественнаго права о первобытномъ состояніи людей и договорномъ происхожденіи государства признаются мятежными вымыслами революціонно настроенныхъ мечтателей [6]).

---

1) Тамъ же, II, стр. 99.

2) Тамъ же, II, стр. 103.

3) Тамъ же, II, стр. 115.

4) Цит. у Скабичевскаго, Исторія цензуры, стр. 131.

5) Багалѣй, Удаленіе проф. Шада изъ Харьковскаго Университета. Очерки изъ русской исторіи, I, стр. 155—302.

6) См., напр., рѣчь Магницкаго при открытіи Симбирскаго отдѣленія Библейскаго общества („Духъ журналовъ“ 1818 г., кн. 14, стр. 436): „..... Выдуманъ новый идолъ, разумъ человѣческій; Богословіе сего идола: философія; жрецы его: славнѣйшіе писатели разныхъ вѣковъ и странъ. Началось поклоненіе идолу разума. Мракъ философіи затемнилъ опять свѣтъ Христовъ. Просвѣщеннѣйшій изъ народовъ

Историческіе факты, характеризующіе отношенія въ эту эпоху реакціи къ университетамъ, болѣе или менѣе извѣстны: увольненіе изъ Харьковскаго университета и высылка за границу (1816) профессора Шада,—между прочимъ, за неблагонадежность его курса естественнаго права (Institutiones juris naturae) [1]); разгромъ Казанскаго университета, произведенный Магницкимъ (1819), удаленіе одиннадцати профессоровъ, и въ ихъ числѣ профессора естественнаго права Солнцева, поклонника Эмануила Канта [2]); запре-

---

сбросилъ съ себя златыя цѣпи гражданскаго порядка; опрокинулъ алтари Христовы; воздвигнулъ капища нравственнымъ идоламъ, и какъ потокъ, надутый всѣми мерзостями злочестія и разврата, выступилъ изъ береговъ своихъ и не разъ угрожалъ затопить всю Христіанскую Европу".

1) Въ Инструкціи Ученому Комитету при Главномъ Правленіи Училищъ отъ 5 августа 1818 г. мы читаемъ: „Комитетъ обязанъ допускать въ преподаваніи только тѣ книги о нравственной философіи и умозрительномъ законодательствѣ, которыя не отдѣляютъ нравственности отъ вѣры; книги же, учащія мнимой добродѣтели безъ всякаго указанія на единственный ея источникъ, а равно и теоріи о естественномъ правѣ, о первобытномъ состояніи, въ которомъ человѣкъ уподоблялся животнымъ, должны быть отвергнуты. Ученіе о первобытномъ состояніи человѣка можетъ излагаться только въ видѣ гипотезы, неосновательность которой надлежитъ сдѣлать очевидной... Ложныя ученія о происхожденіи Верховной власти не отъ Бога, а отъ условія между людьми, подлежатъ тому же отверженію" (цит. у Сухомлинова, Изслѣдованія и статьи I, стр. 197). Ср. Цензурный Уставъ 1826 г., § 190: „Всякая вредная теорія, таковая, какъ напримѣръ, о первобытномъ звѣрскомъ состояніи человѣка, будто бы естественномъ, о мнимомъ составленіи первобытныхъ гражданскихъ обществъ посредствомъ договоровъ, о происхожденіи законной власти не отъ Бога и т. п., отнюдь не должны быть одобряемы къ печатанію".

2) Между прочимъ, слѣдующія выписки изъ курса Солнцева ставятся ему Магницкимъ въ вину. „Единственно великому философу Эммануилу Канту было предоставлено имѣть единственное вліяніе на естественное право. Онъ одинъ основалъ и опредѣлилъ его существенно, признавая вообще практическій разумъ законодателемъ свободы, общимъ источникомъ нравоученія и естественнаго права". „Всякое общество основывается на договорѣ соединенія (pactum unionis), ибо оно происходитъ отъ соединенія воли многихъ къ достиженію общей цѣли; ни одинъ человѣкъ не имѣетъ права ограничивать поступки другихъ въ разсужденіи чего-либо противъ ихъ воли, исключая тѣ случаи, когда будутъ нарушены права его". По мнѣнію Магницкаго, первая цитата „опровергаетъ совершенно всѣ основанія общества и церкви", вторая является „продолженіемъ совершенно революціонныхъ началъ" (Скабичевскій, назв. соч., стр. 137). Чрез-

щеніе „Естественнаго права“ Куницына и удаленіе его изъ Университета и Лицея (1820) [1]); походъ противъ Петербургскаго университета попечителя Рунича (1821), увольненіе профессоровъ Раупаха, Германа, Арсеньева и Галича и „добровольный“ выходъ изъ университета Балугъянскаго, Плисова, Панснера, Радлова, Шармуа и Деманжа [2]). Наиболѣе выдающіеся дѣятели этой эпохи,— министръ князь Голицынъ, и его сотрудники баронъ Фитингофъ и

вычайно поучительны и любопытны сужденія Совѣта Казанскаго Университета о тѣхъ же лекціяхъ Солнцева: „Практическій разумъ, утверждающій, что 1) естественная свобода состоитъ въ правѣ располагать своимъ лицомъ, своими душевными и тѣлесными силами, своими способностями и всѣми своими дѣйствіями, не подлежа внѣшнему со стороны другихъ ограниченію (какъ говорится въ § 68), или 2) что по самому понятію о свободѣ и равенствѣ, которыя составляютъ личныя права каждаго человѣка, никто не имѣетъ безусловнаго права понуждать другого дѣлать что-либо противъ его воли (какъ сказано въ § 100), подобенъ древнему змію, прельстившему праматерь Еву, а черезъ нея и праотца Адама. Естественное право, по мнѣнію автора, излагаетъ право и обязанности властителей и подданныхъ, выводимыя изъ началъ разума; но разумъ не можетъ быть руководителемъ: онъ обязанъ благоговѣйно внимать и со страхомъ повиноваться верховному законодателю. Въ § 24, между прочимъ, сказано, что граждане, вручившіе судьбу свою одному властелину, хотя и пожертвовали естественною свободой, но не лишили себя всѣхъ естественныхъ правъ; но врученіе судьбы одному властелину предполагаетъ общественный договоръ, совершенно противный духу Св. Писанія, возвѣщающаго, что Господь поставляетъ царей на царство“. (Сухомлиновъ, Изслѣдованія и статьи, I, стр. 230 и сл.).

[1]) По мнѣнію Рунича, книга Куницына есть не что иное, „какъ сборъ пагубныхъ лжеумствованій, которыя, къ несчастію, довольно извѣстный Руссо ввелъ въ моду и которыя волновали и теперь еще волнуютъ горячія головы поборниковъ правъ человѣка и гражданина... Маратъ былъ не что иное, какъ искренній и практическій послѣдователь сей теоріи..,“ (Сухомлиновъ, Изслѣдованія и статьи, I, стр. 205).

[2]) Судъ надъ профессорами Арсеньевымъ, Галичемъ, Раупахомъ Германомъ подробно, по первоисточникамъ, изложенъ Сухомлиновымъ, назв. соч., стр. 254 и сл.; приложенія, стр. 271—397. Между прочимъ, въ своемъ заключеніи по дѣлу профессоровъ, представленномъ въ Комитетъ Министровъ, министръ духовныхъ дѣлъ и народнаго просвѣщенія обвиняетъ философію естественнаго права въ томъ, что она „свергаетъ съ человѣка всѣ узы повиновенія, разрываетъ связи общественныя, искореняетъ алтари, ниспровергаетъ престолы, обращаетъ весь порядокъ благоустроеннаго общества въ бурный хаосъ“ (тамъ же стр. 263).

Стурдза, Магницкій и Руничъ высказываются рѣшительнымъ образомъ за изгнаніе естественнаго права изъ русскихъ университетовъ. „Наука естественнаго права, пишетъ Магницкій, сія метафизика правъ не сопредѣльная къ народному, публичному и положительному праву, есть изобрѣтеніе невѣрія новѣйшихъ временъ сѣверной Германіи. Она всегда была опасна, но когда Кантъ посадилъ въ преторы т. н. чистый разумъ, который вопросилъ истину Божію: „что есть истина?“ —и вышелъ вонъ, тогда наука права естественнаго сдѣлалась умозрительною и полною системой всего того, что мы видѣли въ революціи французской на самомъ дѣлѣ... Опровергнувъ алтарь Христовъ, она наноситъ святотатственные удары престоламъ царей, властямъ и таинствамъ супружескаго союза, подпиливаетъ въ основаніи сіи три столба, на коихъ лежитъ сводъ общественнаго здравія... Я осмѣливаюсь спросить: можетъ ли быть сія наука безвредной?.. должно ли опасаться, что университеты наши не могутъ обойтись безъ сей науки, положимъ, годъ, когда жили безъ нея и обходились древній Римъ 500 и Франція 800 лѣтъ?“ [1]).

Гоненія противъ науки естественнаго права не проходятъ безслѣдно: они ускоряютъ ея паденіе, неизбѣжное, впрочемъ, само по себѣ. Университетскій уставъ 35 года окончательно упраздняетъ каѳедру естественнаго права.

II.

Какъ уже указано выше, философское теченіе отечественной науки права вдохновляется, по преимуществу, Пуфендорфомъ и впослѣдствіи Кантомъ. Вдохновителемъ позитивнаго направленія является Монтескье, впрочемъ, не въ оригиналѣ „Духа законовъ“, а въ сокращенной его передѣлкѣ Екатерининскимъ „Великимъ Наказомъ“. Первыя главы Наказа являются первымъ въ Россіи опытомъ позитивной теоріи государственнаго права. Основныя идеи Наказа—теоретическое обоснованіе самодержавной власти, противопоставленія власти верховной подчиненнымъ „правительствамъ“, ученіе о законахъ вообще и объ основныхъ законахъ („государственныхъ постановленіяхъ“), въ частности—заимствуются у него законоискусниками Александровской эпохи [2]). Вліяніе Наказа на отечественную науку права является, впрочемъ,

---

[1]) Чтенія общ. ист. древн. 1861, кн. IV, смѣсь, стр. 157 и сл.

[2]) См. напр., Горюшкинъ, Руководство къ познанію Россійскаго законодательства, т. I, стр. 9, стр. 79 и мн. др.

поверхностнымъ и ничтожнымъ; и это объясняется, прежде всего, тѣмъ низкимъ научнымъ уровнемъ, на которомъ стоитъ отечественное законоискусство начала XIX в.

Необходимость науки положительнаго права вообще и, въ частности, науки положительнаго государственнаго права сознается у насъ сравнительно рано: Убѣжденнѣйшимъ защитникомъ законоискусства является одинъ изъ выдающихся русскихъ ученыхъ второй половины XVIII в., С. Е. Десницкій [1]). Ученикъ Дильтея, докторъ правъ Гласговскаго университета, Десницкій вывезъ изъ Англіи отвращеніе къ умозрительной философіи, какъ таковой. По научнымъ своимъ убѣжденіямъ, Десницкій — послѣдовательный позитивистъ.

Въ своей рѣчи, произнесенной въ Московскомъ университетѣ въ 1768 г., онъ настойчиво рекомендуетъ историческое изученіе права; въ этомъ отношеніи онъ можетъ быть разсматриваемъ, какъ предшественникъ исторической школы юристовъ. Нравоучительная философія, по мнѣнію Десницкаго, „не совсѣмъ ведетъ къ дѣлу": „теряютъ время трудящіеся въ такихъ отъ чувствъ человѣческихъ удаленныхъ изобрѣтеніяхъ". „Principia juris naturae изысканы больше для меридіана нѣмецкаго, нежели къ дѣлу въ судахъ". „Сей родъ ученыхъ (т. е. философовъ) чѣмъ недостаточнѣйшій въ своихъ знаніяхъ, тѣмъ тщеславнѣйшій въ своихъ изобрѣтеніяхъ, and like empty vessels, makes the greatest noise; свѣтъ еще ничего не видитъ, а онъ уже и въ газетахъ гремитъ, что имъ сыскана quadratura circuli; въ слѣдующую почту, можетъ статься, и его же perpetuum mobile выйдетъ". „Пуффендорфовъ трудъ: „De officio hominis et civis", по мнѣнію Десницкаго, былъ подлинно излишній, ибо писать о вымышленныхъ состояніяхъ рода человѣческаго, не показывая, какимъ образомъ собственность, владѣніе, наслѣдство и пр. у народовъ происходитъ и ограничивается, есть такое дѣло, которое не совсѣмъ соотвѣтствуетъ своему намѣренью и концу" [2]).

---

[1]) О С. Е. Десницкомъ см. Словарь профессоровъ Московскаго университета, I, стр. 297 и сл.; Рѣчи профессоровъ Московскаго университета, I, стр. 309 и сл.; С. Шевыревъ, Исторія Московскаго университета, 1885, стр. 130 и сл.; Коркуновъ, Исторія философіи права, стр. 285 и сл.

[2]) См. Слово о прямомъ и ближайшемъ способѣ къ наученію юриспруденціи, говоренное 30 іюня 1768 г. (Рѣчи профессоровъ Московскаго университета, т. I, стр. 213 и сл.)

Въ 1778 г. Десницкій читаетъ „Юридическое разсужденіе о пользѣ знанія отечественнаго законоискусства и о надобномъ возобновленіи онаго въ государственныхъ высокопокровительствуемыхъ училищахъ“. Въ этомъ разсужденіи Десницкій возстаетъ противъ презрительнаго отношенія къ россійскому законоискусству: „мы не должны уничижать и называть науку ябедническою, которыя знаніемъ защищается святость права, собственность, владѣніе и жизнь живущихъ въ законѣ отечественномъ“. Основательное знакомство съ дѣйствующимъ правомъ необходимо для всѣхъ гражданъ, и, въ особенности, для дворянъ, являющихъ „не только властелинами, но судьями и отвѣтчиками“ въ своихъ деревняхъ. Оно тѣмъ болѣе необходимо для „участниковъ Законоположенія“, подъ которыми Десницкій, очевидно, имѣетъ въ виду членовъ Екатерининской комиссіи для составленія Уложенія: „сколько стыдно казаться должно члену Законоположенія давать свой голосъ на новый законъ, когда онъ вовсе не знаетъ и не разумѣетъ стараго“. Съ особенной настойчивостью останавливается Десницкій на необходимости изученія положительнаго права для правящихъ лицъ: „Истинно удивленія достойно, что нѣтъ въ Россіи такого состоянія жизни, такого промысла, художества и науки, въ которыхъ бы нѣкоторое предварительное наставленіе не почиталось нужнымъ; одна только наука Законоискусства, наиблагороднѣйшая во всемъ и наитруднѣйшая, сего не имѣетъ. Сидѣльцы и ученики всякаго ремесла, и во всякое коммерческое и механическое искусство записываются и опредѣляются; долговременнымъ чтеніемъ, ученіемъ и упражненіемъ совершается философъ, богословъ, врачъ и законоискусникъ. Но знатный всякъ думаетъ и считаетъ себя рожденнымъ судьей“. Важнѣйшимъ препятствіемъ для успѣховъ юридической науки является „принятый издревле и нынѣ продолжающійся способъ наученія юношества сей наукѣ“: „въ канцеляріяхъ всѣ учиться приступаютъ законознанію, начиная сперва копіистомъ, и, прорываясь сквозь всѣ огромности бумагъ, выходятъ по долговременномъ изможденіи на перѣ въ канцеляристы и высшіе чины“. Ничего нѣтъ удивительнаго въ томъ, что при такихъ условіяхъ „господа, отставъ совсѣмъ отъ столь трудной науки, опредѣляютъ слугъ своихъ учиться сему знанію, и если сія, изъ господской перемѣнившаяся въ рабью, наука продолжится навсегда, то мы заподлинно никогда не увидимъ не единаго ученаго и благороднаго въ судѣ ходатаемъ и защитникомъ права, а изъ того и то послѣдовать можетъ, что толкованіе и употребленіе законовъ останется большею частью въ рукахъ неученыхъ и

почти безграмотныхъ людей". Предвосхищая идеи Сперанскаго, Десницкій, уже въ 1778 г., утверждаетъ, что для успѣховъ законоискусства отечественнаго „весьма нужно имѣть, во-первыхъ, архиву или собраніе всѣхъ какъ древнихъ, такъ и новыхъ правъ, законовъ и указовъ Россійскихъ, изъ коихъ бы потомъ сочинить можно самократчайшія наставленія всероссійскихъ правъ, въ которыхъ раздѣленіе и оглавленіе надлежитъ имѣть весьма примѣнительное къ свойству Россійскаго правленія и закона" [1]). Не подлежитъ сомнѣнію, что идеи Десницкаго на много опередили его время; только спустя 40 лѣтъ наука отечественнаго законоискусства дѣлаетъ свои первые, неувѣренные и робкіе, шаги. Во всякомъ случаѣ, для практическаго осуществленія своихъ идей, т. е. для развитія науки положительнаго права, самъ Десницкій ничего или почти ничего не сдѣлалъ [2]).

Какъ и въ западно-европейскихъ литературахъ, позитивное направленіе въ наукѣ права открывается у насъ собираніемъ законовъ. Начиная съ послѣдней четверти XVIII в., появляются въ значительномъ числѣ неоффиціальные (частные) сборники дѣйствующихъ и дѣйствовавшихъ законовъ,—предтечи Полнаго Собранія и Свода Законовъ. Уже въ 1788 году Ф. Лангансъ издаетъ для нуждъ юридическаго факультета Московскаго университета „Юридическій словарь". Примѣру университета слѣдуетъ и сенатская канцелярія: ея чиновники, Чулковъ и Правиковъ издаютъ,—первый „Юридическій словарь" (1792—1793), второй—„Памятникъ изъ законовъ" (1804—1806). Изъ другихъ сборниковъ можно назвать Максимовича „Указатель Россійскихъ Законовъ", въ четырнадцати частяхъ (1803—1812), Хапылева „Систематическое собраніе россійскихъ законовъ" (1817), Фіалковскаго „Новый памятникъ законовъ Имперіи Россійской" (1821—1828) и нѣк. др. Первымъ опытомъ систематической разработки русскаго законодательства вообще и, въ част-

1) См. Рѣчи профессоровъ, Московск. унив. т. IV, стр. 338 и сл.

2) По мнѣнію Морошкина, Десницкому недоставало только читателей и иностраннаго имени для занятія мѣста близъ Монтескье съ Блекстонами, Потье и другими знаменитыми юристами прошедшаго вѣка (Цит. у Н. М. Коркунова, Исторія философіи права, стр. 289). Мы думаемъ, что, кромѣ читателей и иностраннаго имени, Десницкому недоставало и научныхъ трудовъ. Оставленное имъ литературное наслѣдство весьма невелико: оно заключается, кромѣ перевода „Комментарій" Блекстона, въ нѣсколькихъ—впрочемъ, весьма замѣчательныхъ для своего времени—торжественныхъ рѣчахъ.

ности, русскаго государственнаго права является замѣчательный въ своемъ родѣ трудъ Тредьяковскаго русской юриспруденціи,— Захарія Аникѣевича Горюшкина: „Руководство къ познанію русскаго законоискусства“ (1811—1816). Трудъ этотъ краснорѣчиво свидѣтельствуетъ о младенческомъ уровнѣ развитія отечественной юридической мысли начала XIX в. Необходимо замѣтить, что даже современники Горюшкина въ значительной мѣрѣ сознавали неудовлетворительность его „Руководства“. Въ своей „Лекціи, читанной пріуготовляемымъ при канцеляріи Сената въ аудиторы для армейскихъ полковъ“ (1818), являющейся апологіей россійской юриспруденціи, сенатскій чиновникъ П. Хавскій отзывается о руководствѣ Горюшкина въ слѣдующихъ, болѣе чѣмъ осторожныхъ выраженіяхъ: „г. Горюшкинъ издалъ огромный трудъ сей по своей системѣ. Сіе сочиненіе имѣетъ главныя раздѣленія на четыре переплета (т. е. книги), переплетъ на главы, главы на отдѣленія, отдѣленія на раздѣленія, раздѣленія на члены, и далѣе на составы, степени, виды, отдѣлы, раздѣлы, статьи, знаки, буквы, числа. Отдадимъ справедливость сему почтенному мужу, отличившемуся въ свой вѣкъ трудолюбіемъ по части законоискусства“ [1]).

Въ недавнее время профессоръ Коркуновъ взялъ на себя мало благодарную задачу научной реабилитаціи нашего перваго законоискусника, Горюшкина. По мнѣнію Коркунова, Горюшкинъ не является простымъ эмпирикомъ и даже прямо предостерегаетъ слушателей отъ эмпиризма, указывая, что имъ никогда нельзя замѣнить научнаго знанія [2]). Въ доказательство этого Коркуновъ ссылается на „Разсужденіе“ Горюшкина „О нуждѣ всеобщаго знанія россійскаго законоискусства“, въ которомъ тотъ сравниваетъ науку съ прямою дорогою, практическій же навыкъ уподобляетъ лѣсу, въ которомъ такъ легко заблудиться [3]). Дѣло однако, въ томъ, что различіе между „эмпиризмомъ“ и „научнымъ знаніемъ“, какъ ихъ понимаетъ Горюшкинъ, весьма относительно. Дѣйствительно, Горюшкинъ предостерегаетъ отъ „практическаго навыка“,—

1) Назв. соч., стр. 12. Приведемъ примѣръ: § 1069 „О правахъ и обязанностяхъ управляющаго относительно до оброчныхъ статей“ помѣщенъ подъ числомъ 3 буквы D знака 1 статьи 3 раздѣла 3 вида 2 отдѣла 1 степени 8 состава 3 члена 2 раздѣленія 2 отдѣленія II главы III-ей.

2) Коркуновъ, Исторія философіи права, стр. 320 и сл.

3) Разсужденіе это вошло, какъ введеніе, въ Руководство къ познанію россійскаго законоискусства; см. т. I, стр. IX и сл.

т. е. отъ изученія законовъ въ канцеляріяхъ „перепискою разныхъ бумагъ, дабы оныя симъ способомъ выучить наизусть и прорываясь сквозь громады оныхъ узнавать свои должности". Взамѣнъ такого навыка, онъ рекомендуетъ изученіе „систематическимъ порядкомъ" правилъ, избранныхъ изъ россійскихъ законовъ [1]). Въ „Руководствѣ" Горюшкину принадлежитъ система; содержаніе же дается буквальнымъ воспроизведеніемъ соотвѣтственныхъ законодательныхъ текстовъ. И это Коркуновъ, какъ научное знаніе, противополагаетъ простому эмпиризму!..

Что касается системы, то нельзя себѣ представить болѣе нелѣпаго, чѣмъ система „Руководства". Мы имѣемъ въ виду, разумѣется, не только внѣшнюю схему изложенія: самобытная схоластичность этой схемы уже отмѣчена была Хавскимъ. Но что сказать, вообще, о системѣ, исключительная цѣль которой, какъ будто бы, заключается въ томъ, чтобы соединить воедино несоединимее и разъединить то, что естественно не можетъ быть разъединено?

Нѣсколько словъ о системѣ Горюшкина всего лучше охарактеризуетъ научную цѣнность его „Руководства". По мнѣнію Горюшкина „главнѣйшимъ раздѣленіемъ законовъ" является ихъ раздѣленіе на 1) Право Божественное, 2) Право человѣческое и на 3) Право животныхъ [2]). Божественнымъ правомъ являются законы, касающіеся до почитанія Высочайшаго Существа, повиновенія и исполненія Святой Его воли; сюда относится право закона Божія и право церковныхъ обрядовъ, изложенныхъ въ Большомъ Требникѣ [3]). Къ „Праву животныхъ", относятся правила, „обязывающія людей поступать съ животными такъ, чтобы и они чувствовали, поколику возможно, собственное свое благосостояніе" [4]). Впрочемъ, въ отдѣлѣ, посвященномъ этому праву, никакихъ постановленій законодательства не приводится, а сообщаются свѣдѣнія, въ родѣ слѣдующихъ: „членъ IV о насѣкомыхъ. § 4195. Насѣкомыя суть: или приносящія пользу, или вредныя, какъ увидимъ въ двухъ члена сего составахъ. Составъ I, о насѣкомыхъ приносящихъ пользу. § 4196. Насѣкомыя, приносящія пользу, суть пчелы. Составъ II, о насѣкомыхъ вредныхъ. § 4197.

---

1) Тамъ же, стр. X.
2) Руководство, т. I, стр. 75 (§ 90).
3) Тамъ же I, §§ 92—98.
4) Тамъ же I, § 94.

Насѣкомыя, приносящія вредъ, суть саранча" [1]). Основное содержаніе „Руководству" дается, разумѣется, человѣческимъ правомъ. Человѣческое право бываетъ двоякаго рода,—естественнымъ и общественнымъ. Подъ естественнымъ правомъ Горюшкинъ понимаетъ положительные законы, издаваемые въ разсужденіи человѣка особенно отъ другихъ [2]). Сюда относится: „право тѣла" (воспрещеніе дѣлать вредъ своему тѣлу и лишать себя членовъ), „права жизни" (воспрещеніе самоубійства, права необходимой обороны, снисканіе пропитанія), и „право разума", т. е. „свобода разсуждать о всемъ по правиламъ благоразумія и выводить заключенія, слѣдующія изъ основаній, сомнѣнію не подверженныхъ" [3]). „Общественное право" Горюшкинъ дѣлитъ на слѣдующіе составы: 1-ый составъ о правахъ лица и семейства, 2-ой о правахъ сосѣдства, 3-й о правахъ селеній, 4-ый о правахъ уѣздовъ, 5-ый о правахъ городовъ, 6-ой о правахъ губерній, 7-ой о правѣ государственномъ и 8-ой о правѣ народномъ [4]). Между этими рубриками Горюшкинъ размѣщаетъ все гражданское, публичное и международное право; при чемъ распредѣленіе между ними правового матеріала является до нелѣпости невозможнымъ. Такъ, напримѣръ, въ составѣ о правахъ селеній Горюшкинъ помѣщаетъ раздѣлъ о правахъ и обязанностяхъ министра удѣловъ, его товарища и разныхъ чиновниковъ Департамента Удѣловъ, а также о должностяхъ казначея, удѣльнаго стряпчаго, секретаря, регистратора, экзекутора, архиваріуса и др. [5]). Въ составѣ о правахъ и обязанностяхъ уѣздовъ, онъ помѣщаетъ статьи: о вступленіи дѣла въ судъ, о производствѣ дѣлъ, объ изслѣдованіи дѣлъ, о пріобрѣтеніи и утвержденіи правъ, о рѣшеніи дѣлъ, объ апелляціи и переносѣ дѣлъ вообще [6]), т. д. и т. д. При такихъ условіяхъ „Руководство" Горюшкина свидѣтельствуетъ объ одномъ,—о крайне низкомъ, младенческомъ уровнѣ развитія науки положительнаго права, вообще, и науки государственнаго права, въ частности, въ разсматриваемую нами эпоху. О томъ же свидѣтельствуетъ научная и педагогическая дѣятельность другихъ законоискусниковъ того времени,

---

1) Тамъ же, т. IV, in fine.
2) Тамъ же, I, стр. 79 (§ 102).
3) Тамъ же, I §§ 103—118.
4) Тамъ же, I, § 119.
5) Тамъ же, II, §§ 1024 и сл.
6) Тамъ же, II, §§ 1172 и сл.

какъ напримѣръ, преподавательская дѣятельность Сандунова, преемника Горюшкина въ Московскомъ университетѣ [1]).

III.

Начиная съ двадцатыхъ годовъ минувшаго столѣтія, преобладающее въ области науки права вліяніе пріобрѣтаетъ у насъ т. н. историческая школа юристовъ. Господство историческаго метода въ наукѣ права объясняется отчасти изданіемъ Свода и Полнаго Собранія Законовъ. Историческій характеръ Свода, самъ по себѣ, подсказываетъ мысль о необходимости историческаго изученія дѣйствующаго права; въ основу Свода положено Полное Собраніе Законовъ, раскрывающее ихъ постепенное историческое развитіе.

---

1) Слѣдующимъ образомъ описываетъ лекціи Сандунова его біографъ: „Лекціи Сандунова обыкновенно начинались чтеніемъ журнала прошедшаго засѣданія аудиторіи дежурнымъ протоколистомъ изъ студентовъ съ прописаніемъ, кто явился поздно въ засѣданіе и кого вовсе не было. Журналъ подписывался профессоромъ, какъ предсѣдателемъ присутствія, скрѣплялся секретаремъ класса и дежурнымъ протоколистомъ. За симъ выдвигался на средину аудиторіи налой, выходилъ къ нему дежурный студентъ съ вновь вышедшими Сенатскими Вѣдомостями и читалъ заранѣе профессоромъ отмѣченныя узаконенія. По прочтеніи каждаго узаконенія, Сандуновъ спрашивалъ студента по выбору, въ чемъ заключается сущность и разумъ закона, къ какому разряду законовъ относится и какъ онъ подходитъ къ прежнимъ законамъ, по тому же предмету изданнымъ. По разрѣшеніи сихъ вопросовъ, дежурный студентъ читалъ слѣдующее узаконеніе. По прочтеніи Сенатскихъ Вѣдомостей, профессоръ по настольному реестру вызывалъ студентовъ къ чтенію производства тяжебныхъ и уголовныхъ дѣлъ, стоявшихъ на очереди къ слушанію. Для сего учреждаемы были присутственныя мѣста въ полномъ ихъ составѣ съ канцеляріями и архивами, и притомъ такъ, что должности канцелярскихъ служителей и чиновниковъ поручались студентамъ годичнымъ и двухгодичнымъ, должности секретарей, архиваріусовъ, уѣздныхъ стряпчихъ, губернскихъ прокуроровъ и предсѣдателей студентамъ трехгодичнымъ и даже дѣйствительнымъ студентамъ и кандидатамъ. Должности засѣдателей поручались студентамъ двухгодичнымъ и трехгодичнымъ, должности губернаторовъ и оберъ-секретарей поручались всегда отличнымъ кандидатамъ. Но сенаторовъ не выбирали. Составленіе сенатскихъ опредѣленій и другихъ исходящихъ бумагъ возлагалось на оберъ-секретаря. Аудиторія изъ 200—300 студентовъ была достаточна для замѣщенія всѣхъ должностей въ этой судебной іерархіи, и почти всѣ студенты были должностныя лица, всѣ состояли на службѣ; никто изъ нихъ не обижался, если ему, по распоряженію профессора, досталось только переписывать бумаги своихъ товарищей. За упущенія въ дѣлахъ и кривосудство отдавали подъ судъ.... (Біографическій словарь Московскаго университета, II, стр. 391 и сл.).

Однако, независимо отъ Свода и еще до его изданія, историческое направленіе у насъ въ Россіи, какъ и на Западѣ, начинаетъ побѣждать философское направленіе доктрины естественнаго права. Пропаганда воззрѣній исторической школы—не малая заслуга передъ русскою наукою права Дерптскаго университета. Заслуга эта давно уже отмѣчена въ нашей литературѣ проф. Станиславскимъ. Онъ ставитъ вопросъ: „почему именно дерптскіе ученые не русскаго происхожденія съ большимъ успѣхомъ занимались исторіей русскаго законодательства, нежели юристы отечественные“? И самъ же на этотъ вопросъ правильно отвѣчаетъ: „потому, что профессоры Дерптскаго Университета раньше другихъ успѣли ознакомиться съ выводами юридической исторической школы, которая достигла въ Германіи окончательнаго развитія и пріобрѣла рѣшительное вліяніе на преподаваніе науки законовѣдѣнія и на юридическую литературу“ [1]). Въ частности проф. Эверсъ—отнюдь не являясь противникомъ философіи естественнаго права (см. его брошюру Rhapsodiche Gedanken üder die wissenschaftliche Bedeutung des Naturrechts, 1828)—своимъ знаменитымъ сочиненіемъ: „Das älteste Recht der Russen (Dorpat, 1826; русскій переводъ И. Платонова: „Древнѣйшее русское право“ СПБ. 1835) въ значительной степени способствуетъ дальнѣйшимъ успѣхамъ историческаго изученія отечественнаго права [2]). Учебникъ Рейца по исторіи русскаго права въ теченіе ряда десятилѣтій является единственнымъ пособіемъ при его университетскомъ преподаваніи [3]). Отчасти подъ вліяніемъ Дерптскаго университета, и въ русскомъ обществѣ пробуждается интересъ къ историческому изученію права. Въ двадцатыхъ годахъ минувшаго столѣтія извѣстный въ то время юристъ Дегай въ многочисленныхъ журнальныхъ статьяхъ и замѣткахъ знакомитъ общество съ борьбою двухъ юридическихъ направленій

---

[1]) Станиславскій. О ходѣ законовѣдѣнія въ Россіи, Каз. 1853, стр. 50.

[2]) Объ Эверсѣ см. біографическій очеркъ, составленный проф. М. А. Дьяконовымъ въ Біографическомъ словарѣ профессоровъ и преподавателей Императорскаго Юрьевскаго (быв. Дерптскаго) университета, Юр., 1903, II, стр. 510 и сл.

[3]) V. Reutz, Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen staats und Rechtsverfassung, Mitau, 1829; русскій переводъ проф. Морошкина: „Опытъ исторіи россійскихъ государственныхъ и гражданскихъ законовъ“. Москва, 1836.—О Рейцѣ см. біографическій очеркъ, составленный проф. М. А. Дьяконовымъ, въ Біографическомъ словарѣ профессоровъ и преподавателей Юрьевскаго университета, I, стр. 586 и сл.

въ Германіи, школы исторической и философской, во главѣ которыхъ стоятъ Савиньи и Тибо; самъ Дегай находитъ, впрочемъ, что историческая школа „для россійскихъ законовѣдцевъ несравненно менѣе полезна, нежели философская школа Тибо, обильная общими основными свѣдѣніями о правѣ [1]). Наконецъ, успѣху исторической школы, въ значительной мѣрѣ, способствуетъ университетская политика правительственной власти. Признавая историческое направленіе наиболѣе консервативнымъ, правительство всѣми способами стремится обезпечить за исторической школой исключительно господство надъ русскою наукою права. Уже въ 1821 году студентамъ Остзейскихъ губерній воспрещается слушаніе лекцій въ Гейдельбергскомъ, Іенскомъ, Гессенскомъ и Вюрцбургскомъ университетахъ; слушателямъ этихъ школъ предписывается немедленно перейти въ благонадежные Прусскіе или Ганноверскіе университеты [2]). Въ 1829 году правительство командируетъ въ Берлинъ подъ руководствомъ знаменитаго Савиньи, главы исторической школы, нѣсколькихъ воспитанниковъ духовныхъ академій,—Неволина, Богородскаго, Благовѣщенскаго, Знаменскаго и Орнатскаго; изъ нихъ Неволинъ—одинъ изъ выдающихся юристовъ Россіи, авторъ „Энциклопедіи законовѣдѣнія“ (1840) и „Исторіи россійскихъ гражданскихъ законовъ“ (1851)—наиболѣе способствуетъ торжеству историческаго метода въ отечественной наукѣ права [3]). И впослѣдствіи—въ 1830, 1836, 1841 и 1843 гг.—имѣетъ мѣсто отправка по Высочайшимъ повелѣніямъ молодыхъ ученыхъ—Крылова, Рѣдкина, Мейера и др.—въ заграничные университеты, культивирующіе исторію права [4]). Изъ посвященія Морошкинымъ перевода книги Рейца гр. Уварову, мы узнаемъ, что министръ въ стремленіи возвести русское просвѣщеніе къ источникамъ его самобытной силы, къ Православію, Самодержавію и Народности, заявилъ требованіе исторической методы и лично руководствовалъ преподавателей законовѣдѣнія въ приложеніи ея ко всѣмъ предметамъ юридическаго ученія [5]). Нѣ-

---

[1]) Дегай. Пособія и правила изученія россійскихъ законовъ. М. 1831 г., стр. 13.

[2]) Е. В. Пѣтуховъ. Императорскій Юрьевскій, бывшій Дерптскій Университетъ за сто лѣтъ его существованія, 1902, стр. 338 и сл.

[3]) Станиславскій, назв. соч., стр. 51 и сл.

[4]) Тамъ же, стр. 54 и сл.

[5]) Морошкинъ, Опытъ исторіи россійскихъ государственныхъ и гражданскихъ законовъ, введеніе.

сколько позже проф. Станиславскій въ своей книгѣ: „О ходѣ законовѣдѣнія въ Россіи“ упоминаетъ о данныхъ ему начертаніяхъ со стороны кн. Ширинскаго-Шихматова о преподаваніи юридическихъ наукъ въ духѣ исторической школы [1]).

Подъ вліяніемъ вышеуказанныхъ причинъ, историческое направленіе становится безусловно господствующимъ въ отечественной наукѣ права эпохи 20-хъ—30 хъ гг. Необходимо, однако, замѣтить, что, реципируя историческое направленіе, отечественная наука права остается свободной отъ тѣхъ увлеченій и преувеличеній, которыми, въ значительной мѣрѣ грѣшитъ германская наука разсматриваемой эпохи. Ни въ чемъ, быть можетъ, не сказывается такъ ярко прогресъ отечественной юридической мысли, какъ въ томъ свободномъ и критическомъ ея отношеніи къ исторической школѣ, которое такъ рѣзко отличается отъ рабской ея подражательности доктринѣ естественнаго права въ предшествующую эпоху.

Въ замѣчательной для своего времени монографіи А. Благовѣщенскаго: „Исторія метода законовѣдѣнія въ XVIII и XIX вѣкѣ“ [2]) мы встрѣчаемся съ убѣжденной апологіей германской исторической школы. Къ философіи естественнаго права, и, въ частности, къ раціоналистической философіи Канта, Благовѣщенскій относится съ безусловнымъ отрицаніемъ. Философія эта хотѣла быть не подругою, но госпожею надъ законовѣдѣніемъ; она хотѣла не только учить, но и господствовать, не только объяснять и толковать существующіе законы, но законодательствовать и уничтожать оные въ силу уполномоченія вѣчнаго ума. Все положительное лежало у ногъ ея, какъ презрѣнная матерія, и было попрано, коль скоро не укладывалось въ ея формы. Вопросъ о томъ, что существуетъ, не имѣлъ для нея никакого или только презрѣнный смыслъ: „то не существуетъ, что не должно существовать! нѣтъ иного закона, какъ только во мнѣ и чрезъ меня“—таково было часто правило, которое она или явно проповѣдывала, или по крайнѣй мѣрѣ втайнѣ исполняла [3]). Подъ вліяніемъ страшно поучительныхъ уроковъ, преподанныхъ революціей, германскіе ученые увидѣли, въ какую ужасную бездну зла вовлечена была Франція философскимъ направленіемъ юридической науки. Отсюда

---

[1]) Станиславскій, назв. соч., стр. 60.

[2]) Журналъ Министерства Народнаго Просвѣщенія, 1835 г., ч. VI (іюнь), ч. VII (іюль).

[3]) Ж. М. Н. Пр., 1835, ч. VI, стр. 385.

побѣда историческаго направленія надъ „неисторическимъ“. Законодательство, въ его положительномъ, историческомъ обнаруженіи, становится основнымъ предметомъ изученія и преподаванія. Историческая метода науки законовѣдѣнія приводитъ къ возстановленію порядка и правосудія, къ поддержанію общенія, единства и независимости націй. Она обогащаетъ германскую науку новыми важными открытіями, взглядами и идеями; мало-по-малу она проникаетъ и въ другія образованныя государства. Въ Россіи сочиненія Эверса и Рейца, Бунге, Розенкампфа и др. носятъ явные слѣды вліянія Германской исторической школы [1]).

Являясь, такимъ образовъ, убѣжденнымъ сторонникомъ исторической школы, Благовѣщенскій въ одномъ отношеніи рѣшительнымъ образомъ расходится съ нею. Какъ извѣстно, историческая школа разсматриваетъ право, какъ объективно-необходимый, органическій продуктъ самораскрытія народнаго духа; съ этой точки зрѣнія, сравнительное изученіе права является, по существу, примѣнимымъ исключительно къ родственнымъ, въ національномъ отношеніи, правовымъ системамъ. По мнѣнію Благовѣщенскаго, необходимо сравнительное изученіе права, въ самомъ широкомъ значеніи этого слова, — необходимо сравненіе законовъ и обычаевъ какого-либо опредѣленнаго государства съ законами и обычаями „всѣхъ государствъ и народовъ, прежде существовавшихъ и нынѣ существующихъ“, ибо такое сравненіе раскрываетъ „вѣчныя начала правды, справедливости и благочестія, сіи непоколебимыя основанія бытія и благоденствія родовъ, царствъ и народовъ“ [2]).

Еще болѣе самостоятеленъ другой представитель исторической школы въ Россіи, Орнатскій. Въ своей „Рѣчи объ отношеніи между общимъ и частнымъ въ законодательствѣ и законовѣдѣніи“ [3]) Орнатскій подвергаетъ рѣшительной критикѣ основное положе-

---

[1]) Тамъ же, стр. 396 и сл.

[2]) Тамъ же, стр. 414. О сравнительномъ методѣ законовѣдѣнія см. также Znamensky, Dissertatio de philosophica juris civilis tractandi ratione per comparationem jurium diversarum gentium iustituenda, Petr. 1835. Пропаганда сравнительнаго метода въ правовѣдѣніи весьма мало отразилась на наукѣ государственнаго права; сама по себѣ, однако, она весьма характерна, какъ доказательство сравнительной слабости національныхъ тенденцій въ отечественной наукѣ права.

[3]) Рѣчь Орнатскаго издана отдѣльной брошюрой подъ заглавіемъ: „Записка и Рѣчь, читанныя въ торжественномъ собраніи Императорскаго университета св. Владиміра 15 іюля 1836 г.“.

женіе исторической школы,—признаніе обычнаго права единственнымъ источникомъ истиннаго („народнаго“) права, отрицаніе какой бы то ни было творческой роли законодательства. „Въ этомъ изложеніи образованія права, говоритъ Орнатскій, нѣкоторыя посылки несправедливы, да и всѣ взяты во всеобщности, неимѣющей никакихъ предѣловъ... Ученіе исторической школы можетъ имѣть истинное, вещественное значеніе только касательно общаго направленія, общаго духа законовъ того или другого народа, касательно главнѣйшихъ чертъ и сильнѣйшихъ оттѣнковъ, отличающихъ народъ вообще и въ частности ихъ законодательства одно отъ другого. Дальнѣйшія подробности гражданской жизни, безчисленныя взаимныя отношенія между членами одного государства или одного народа опредѣляетъ законодатель... иногда именно вопреки тому, что въ народѣ, повидимому, укоренилось давнимъ обычаемъ, напримѣръ, когда благо государства и народа требуетъ искорененія вкравшихся злоупотребленій или порочныхъ нравовъ и вредныхъ обычаевъ, повсемѣстно распространившихся. На этомъ основаніи законодатель нерѣдко дѣйствуетъ въ постановленіи новыхъ правилъ и законовъ по особеннымъ, самимъ имъ созданнымъ, идеямъ и началамъ или заимствуетъ отъ другихъ чуждыхъ законодательствъ тѣ постановленія, которыя съ пользой приложены къ отношеніямъ его народа или государства“ [1]).

Какъ бы то ни было, историческое направленіе, съ тѣми или иными оговорками, становится безспорно-господствующимъ въ отечественной наукѣ права. Съ самаго начала направленіе это вступаетъ въ борьбу не только съ философіей естественнаго права, но также съ практическимъ законоискусствомъ предшествующей эпохи. Весьма характерно наставленіе, съ которымъ обращается гр. Сперанскій къ Неволину и другимъ молодымъ ученымъ, отправляемымъ для усовершенствованія въ наукахъ за границу: „Вы должны положить основаніе наукѣ россійскаго правовѣдѣнія. Я хочу, чтобы оно было преподаваемо въ университетахъ подлинно по ученому, а не по приказнически“ [2]). Наставленіе Сперанскаго оказывается, однако, не вполнѣ осуществимымъ. Изданіе Свода Законовъ измѣнило характеръ законоискусства, не поднявъ его на степень науки. По вѣрному замѣчанію Романо-

1) Назв. соч., стр. 43 и сл.

2) См. Предисловіе проф. Андреевскаго въ Полномъ Собраніи сочиненій К. А. Неволина (СПБ. 1857), т. I, стр. VII.

вича-Славатинскаго, опредѣленія и класоификація Свода налегли тяжелымъ бременемъ какъ на университетскихъ преподавателей, такъ и на литературу русскаго государственнаго права. Писатели стали ограничиваться компиляціей и перестановкой статей Свода, не возводя ихъ къ общимъ началамъ и научнымъ построеніямъ [1]). Примѣромъ, иллюстрирующимъ сказанное, можетъ служить трудъ Дюгамеля: „Опытъ государственнаго права Россійской Имперіи" (1832),—первое произведеніе, спеціально посвященное положительному государственному праву Россіи. Дальше конспективнаго изложенія Свода Дюгамель не идетъ; законы основные, законы о службѣ, законы о состояніяхъ—все это излагается въ выраженіяхъ Свода, безъ какихъ бы то ни было теоретическихъ обобщеній и съ самыми короткими и безсодержательными историческими справками. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что самымъ значительнымъ произведеніемъ, посвященнымъ преимущественно государственному праву, является въ теченіе первой половины XIX вѣка „Руководство къ познанію законовъ" Сперанскаго (1838). Сочиненіе это — весьма небольшое по своему объему (170 стр.) — состоитъ изъ восьми главъ. Первыя четыре главы (стр. 1—42) посвящены теоретической импровизаціи о законахъ вообще, естественныхъ и общежительныхъ, и о законахъ общежительныхъ, въ особенности. Пятая глава („Существо законовъ государственныхъ и раздѣленіе ихъ") является комментаріемъ къ системѣ Свода Законовъ, объясняющимъ порядокъ распредѣленія въ немъ публично-правнаго матеріала. Шестая глава („Существо законовъ основныхъ") излагаетъ содержаніе важнѣйшихъ постановленій Основныхъ Законовъ и даетъ къ нимъ—наприм., къ статьѣ первой Основныхъ Законовъ—любопытный во многихъ отношеніяхъ, какъ историческій, такъ и сравнительно законодательный комментарій. Въ седьмой главѣ („Общее обозрѣніе Основныхъ законовъ въ другихъ государствахъ") дается ученіе о формахъ правленія и сжатая, но яркая характеристика каждой изъ нихъ въ отдѣльности. Цѣль этой главы—указать мѣсто, занимаемое Россіей, какъ „чистой монархіи съ преимуществами въ правахъ состоянія, но безъ совѣщательныхъ установленій" въ системѣ современныхъ государствъ. Съ особенной подробностью останавливается Сперанскій на характеристикѣ конституціонной („смѣшанной") монархіи. Разочаро-

---

1) Цит. у А. С. Алексѣева, Русское Государственное Право (1892 г.), стр. 138.

вавшись въ идеалахъ своей молодости, Сперанскій относится скептически къ представительной системѣ: всеобщее избирательное право невозможно, ибо при немъ законодателемъ будетъ чернь; классовое избирательное право нежелательно, ибо не въ томъ заключается цѣль государства, чтобы отдѣльныя сословія народа преуспѣвали, а въ томъ, чтобы весь народъ постепенно подвигался къ добру и нравственному совершенству [1]). Опыты конституціоннаго строя, по мнѣнію Сперанскаго, не оправдали ожиданій; напротивъ, законодательныя сословія вездѣ возвысили и отяготили подати или долги, умножили прямые и косвенные налоги, родили новыя нужды, расплодили новыя желанія и, не доставивъ существеннаго блага, усилили мечтанія *лжеименной* свободы [2]). Что слѣдуетъ изъ сихъ разсужденій? — спрашиваетъ Сперанскій. — Не то, конечно, чтобы заставить англичанина не любить тѣ Основные Законы, подъ коими онъ родился и воспитывался, но слѣдуетъ неоспоримо, что тамъ, гдѣ существуетъ чистая форма монархическая, нѣтъ никакихъ основательныхъ причинъ, нѣтъ матеріальныхъ выгодъ для народа желать перейти въ форму смѣшанную, даже и тогда, когда бы переходъ сей могъ быть безъ потрясеній [3]). Наконецъ, послѣдняя—восьмая—глава Руководства („Учрежденія") излагаетъ въ сжатой, но отчетливой формѣ организацію правительственныхъ учрежденій,—высшихъ или государственныхъ, среднихъ или губернскихъ и нижнихъ или уѣздныхъ и городовыхъ. По своему содержанію, Руководство Сперанскаго занимаетъ среднюю позицію между прежней философской и новой исторической школой; во всякомъ случаѣ, исторически необходимому Сперанскій отдаетъ безусловное предпочтеніе предъ теоретически раціональнымъ.

До начала шестидесятыхъ годовъ „руководство" Сперанскаго остается единственнымъ, заслуживающимъ вниманія трудомъ по государственному праву; въ царствованіе Николая I о развитіи науки государственнаго права не могло быть и рѣчи. Наука эта дѣлаетъ значительные успѣхи, начиная съ шестидесятыхъ годовъ. Изъ общихъ курсовъ, относящихся къ этой эпохѣ, заслуживаетъ быть отмѣченнымъ неоконченный курсъ профессора Андреевскаго, Русское государственное право, томъ I (СПБ.

---

1) Сперанскій, Руководство къ познанію законовъ, § 170.
2) Тамъ же, § 172.
3) Тамъ же, § 173.

1886), имѣющій исключительно и всецѣло историческій характеръ. Такой же характеръ до настоящаго времени сохраняетъ богатая монографическая литература, посвященная вопросамъ государственнаго права. Для примѣра укажемъ на монографіи Дьяконова о происхожденіи самодержавія, Сергѣевича о князѣ и вѣче, Романовича-Славатинскаго о дворянствѣ, Дитятина о городскихъ сословіяхъ, Энгельмана, Дьяконова и Ключевскаго о крестьянахъ, Знаменскаго о духовенствѣ, Градовскаго о центральномъ управленіи, Лохвицкаго, Андреевскаго, Чичерина и того же Градовскаго о мѣстномъ управленіи и мн. др. Только къ концу XIX вѣка, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ господствующаго въ Германіи „юридическаго направленія" и у насъ начинаютъ издаваться догматическіе курсы или системы государственнаго права. Появившіяся въ 80-хъ годахъ трехтомныя „Начала русскаго государственнаго права" Градовскаго весьма удачно совмѣщаютъ историческій методъ съ догматическимъ; позднѣйшіе курсы Коркунова, Алексѣева, В. Ивановскаго и др. имѣютъ равнымъ образомъ, преимущественно догматическій характеръ.

Во всякомъ случаѣ, несмотря на свою несомнѣнную односторонность, историческое направленіе въ наукѣ государственнаго права, являлось до послѣдняго времени безусловно господствующимъ. И это объясняется тѣмъ, что догматическое изслѣдованіе вопросовъ государственнаго права встрѣчало и отчасти встрѣчаетъ теперь серьезныя, почти непреодолимыя, препятствія. При старомъ режимѣ, т. е. вплоть до коренного преобразованія государственнаго строя, процессъ законодательнаго творчества облекался у насъ непроницаемой тайной; законодательные матеріалы являлись, по общему правилу, недоступными для науки и точно также недоступными являлись матеріалы административной и судебно-административной практики, труды всякаго рода правительственныхъ комиссій и т. д. и т. д. Кажется невѣроятнымъ, что оффиціальное изданіе руководящихъ рѣшеній административныхъ департаментовъ и Перваго Общаго собранія Правительствующаго Сената предпринято Министерствомъ Юстиціи только въ 1905 году, причемъ до сихъ поръ издано всего только два сборника рѣшеній,—за 1903 г. (въ 1905 г.) и за 1904 г. (въ 1909 г.). Кажется невѣроятнымъ, что такой драгоцѣнный для науки матеріалъ, какъ отчеты сенаторскихъ ревизій 1880 г. и Труды Комиссіи ст. секр. Каханова по преобразованію мѣстнаго управленія оставались до конца XIX в. подъ спудомъ и только съ этого времени исподтишка и украдкой

стали эксплоатироваться изслѣдователями русскаго государственнаго права. До сихъ поръ неизвѣстны наукѣ весьма поучительные отчеты по ревизіи Московскаго, Курскаго и Вятскаго земствъ, произведенной въ 1904 г. сенаторомъ Н. А. Зиновьевымъ. При такихъ условіяхъ догматическая наука дальше ремесленнаго „законоискусства", т. е. простого пересказа содержанія Свода Законовъ, итти не можетъ.

Характеристика современнаго положенія науки государственнаго права не входитъ въ задачу настоящаго доклада; ограничимся поэтому однимъ только замѣчаніемъ, которое мы считаемъ необходимымъ. Реформа государственнаго строя на конституціонныхъ началахъ ставитъ предъ современной наукой государственнаго права новую, огромной важности задачу: наука должна юридически осмыслить и конструировать новое государственное право Россіи. Конечно, и въ настоящее время рѣшеніе этой задачи встрѣчаетъ значительныя препятствія. Все еще непроницаемая тайна окутываетъ исторію происхожденія новыхъ Основныхъ Законовъ. „Матеріалы" конституціонной реформы для науки недоступны. До сихъ поръ возможны еще споры не только объ отдѣльныхъ институтахъ обновленнаго строя, но и о самой его юридической природѣ. Отсюда—правовая необезпеченность реформы, неувѣренность въ ея прочности и постоянствѣ. Не трудно себѣ представить, къ какимъ политическимъ послѣдствіямъ приводитъ такое положеніе вещей; но и въ чисто-научномъ отношеніи великое бѣдствіе—канцелярская тайна въ вопросахъ огромнаго національнаго значенія. Сколько призраковъ, сбивающихъ научную мысль вправо и влѣво отъ прямого пути, безслѣдно разсѣется, когда въ основу нашихъ сужденій о происхожденіи и значеніи новыхъ Основныхъ Ззконовъ лягутъ не предположенія и слухи, не отзывы и разоблаченія политической печати, а подлинные факты, безспорные и непререкаемые въ своей исторической достовѣрности!..

И тѣмъ не менѣе, несмотря на всѣ неблагопріятныя условія, и въ настоящее время возможно и необходимо *догматическое* изученіе отечественнаго государственнаго права,—или, точнѣе, той части его, которая носитъ на Западѣ названіе конституціоннаго права. Между старыми Основными Законами,—законами канцелярскаго происхожденія, по выраженію Б. Э. Нольде,—„мертвымъ экстрактомъ" господствовавшей политической доктрины, и новыми Основными Законами, — *кодификаціей* дѣйствующаго права, въ истинномъ значеніи этого слова—глубокое и принципіальное

различіе. Въ то время, какъ первые являются механическимъ сопоставленіемъ *теоретическихъ положеній*, нерѣдко надуманныхъ и случайныхъ, противорѣчащихъ другъ другу,—вторые являются системой *юридическихъ нормъ*, системой живого и жизнеспособнаго права, проникнутаго одной и единой идеей. Въ трудахъ законодательныхъ учрежденій,—и, въ частности, въ столь малоизвѣстныхъ трудахъ Государственнаго Совѣта, вполнѣ доступныхъ для изслѣдователей, наука государственнаго права находитъ обильный и весьма содержательный матеріалъ для своихъ теоретическихъ (догматическихъ) построеній.

Исключительное господство историческаго метода въ наукѣ государственнаго права невозможно въ настоящее время потому, что пережитая нами эпоха вырываетъ непроходимую пропасть между тѣмъ, что было, и тѣмъ, что есть. Вопросъ о преобладающемъ методѣ въ наукѣ права является вопросомъ исторической, а не логической необходимости. Въ настоящее время мы вступили въ эпоху исторически необходимаго преобладанія догматическаго метода.

Никто, конечно, не сомнѣвается въ томъ, что живое и дѣйствующее право, въ готовомъ и законченномъ видѣ, никогда не создается конституціей государства. Конституцію легко написать въ одинъ день; она реализуется продолжительнымъ и упорнымъ трудомъ, политическою борьбой многихъ, смѣняющихъ другъ друга поколѣній. Пройдутъ года,—и скелетъ Основныхъ Законъ обрастетъ живою тканью писаннаго и неписаннаго (обычнаго) конституціоннаго права страны. Конституціонный обычай слагается въ процессѣ политической жизни, въ его образованіи принимаютъ участіе, прежде всего, борющіяся теченія политической мысли, руководимыя идеями *пользы* и *силы*. Вопросъ заключается въ томъ, должна ли *идея права*, на ряду съ идеями пользы и силы, явиться одной изъ слагаемыхъ, опредѣляющихъ направленіе равнодѣйствующей,—т. е. дѣйствующаго права страны. Путемъ раскрытія основныхъ началъ, заложенныхъ въ наши Основные Законы, путемъ дедукціи изъ этихъ началъ логически необходимыхъ выводовъ,—можно ли и должно ли противодѣйствовать загрязненію и порчѣ живыхъ источниковъ дѣйствующаго права? Для юристовъ-теоретиковъ, стоящихъ въ сторонѣ отъ активной политической борьбы, но проникнутыхъ глубокою вѣрой въ благотворную силу идеи права, отвѣтъ на поставленный вопросъ сомнительнымъ казаться не можетъ.

Сообщеніе вызвало рядъ дополнительныхъ замѣчаній.

Гр. П. М. Толстой дѣлаетъ рядъ дополнительныхъ къ докладу указаній, касающихся хода развитія нашей науки государственнаго права и ея состоянія за послѣднее время. Тутъ можно различить 3 періода. Первый періодъ относится ко времени стараго порядка, когда черезъ науку государственнаго права, по крайней мѣрѣ въ лицѣ ея лучшихъ и наиболѣе авторитетныхъ представителей (Градовскій, Коркуновъ), красною нитью проходило чувство разлада между этимъ дѣйствующимъ правомъ и самыми элементарными требованіями правопорядка; для этого періода въ высшей степени характеренъ „Указъ и законъ" Коркунова съ его основною мыслью о возможности примиренія самодержавія съ законностью. Второй періодъ обнимаетъ короткую, но полную событій эпоху преобразованія стараго права, эпоху шатанія его основъ, эпоху, для которой характерно отсутствіе какого-либо опредѣленнаго порядка и при которой догматика дѣйствующаго русскаго оффиціальнаго права становилась особенно затруднительной. Это было время, когда проф. Алексѣеву пришлось прервать на первомъ выпускѣ переизданіе своего курса „Русскаго государственнаго права" (при характерномъ post scriptum'ѣ автора отъ 17 сентября 1905 г.: „въ виду ожидаемыхъ законодательныхъ измѣненій, отдѣлы курса, касающіеся государственнаго управленія, будутъ изданы особо; срокъ выхода этого изданія не можетъ быть опредѣленъ"). Все вниманіе русскаго государствовѣдѣнія было устремлено тогда на Западъ и было привлечено къ вопросамъ общаго конституціоннаго права и сравнительнаго государствовѣдѣнія, найдя выраженіе въ сборникахъ: „Конституціонное государство", „Политическій строй современныхъ государствъ" и др. Теперь мы вступили въ третій періодъ, періодъ положительнаго права, усвоившаго уже до нѣкоторой степени элементы новаго, конституціоннаго права. На этомъ третьемъ періодѣ, какъ представляющемъ особый интересъ, стоитъ остановиться подробнѣе. Въ нашей современной наукѣ государственнаго права намѣчается нѣсколько руководящихъ теченій. Одно изъ нихъ, представленное лишь нѣсколькими писателями, отказывается признать въ новомъ писанномъ правѣ существенную новизну въ смыслѣ

воспріятія началъ конституціоннаго строя. Сюда относятся, съ одной стороны, Захаровъ, теоретикъ оффиціальнаго государствовѣдѣнія (чиновникъ совѣта министровъ), съ его „Системою русской государственной власти" изъ четырехъ властей, въ частности съ надзаконною учредительною властью монарха и съ вытекающей отсюда правовой реабилитаціей акта 3 іюня. Съ другой стороны, сюда же относится Рейснеръ, квалифицирующій (въ своей статьѣ „Идея легитимизма въ русскомъ правѣ", Современный Міръ, 1909 г., № 12) современный строй русскаго государства, какъ „дуалистически организованную имперію съ земско-сословнымъ представительствомъ и самодержавнымъ царемъ". Къ этой же точкѣ зрѣнія примкнулъ—изъ иностранцевъ — Гатчекъ (Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage. I Theil. Das Recht der Modernen Monarchie), выставляющій Россію—даже послѣ 1905-1906 г.г.—какъ „типъ современной автократіи". Другое изъ указанныхъ теченій, имѣющее гораздо больше сторонниковъ, признаетъ существенную новизну въ нашемъ современномъ государственномъ строѣ, но въ весьма различной степени. Въ наименьшей степени такую новизну признаютъ Аваловъ („О законодательныхъ функціяхъ верховнаго управленія" въ „Извѣстіяхъ Политехническаго Института", отдѣлъ наукъ общественныхъ и экономическихъ, т. X, 1), В. В. Ивановскій („Учебникъ государственнаго права") и Елистратовъ („Учебникъ русскаго административнаго права" и „Государственное право"), съ трудомъ и съ оговорками усматривающіе въ дѣйствующемъ правѣ начало верховенства закона. По мнѣнію Авалова, „основные законы сочинили невиданный еще порядокъ, въ которомъ законодательная власть оказывается раздѣленной между законодательными учрежденіями (съ монархомъ во главѣ) и главою государства, т.-е. тѣмъ же монархомъ, но уже безъ законодательныхъ учрежденій"; Ивановскій усматриваетъ „двойственный порядокъ законодательства и, слѣдовательно, двойственный порядокъ самого государственнаго строя, въ которомъ одновременно уживаются начала конституціонныя съ началами абсолютнаго режима"; Елистратовъ настаиваетъ, что въ отличіе отъ „верховнаго управленія" „акты правительства" (указы, издаваемые „непосредственно" Государемъ) „остаются за предѣлами правового порядка".

Дальше идутъ въ признаніи новизны Паліенко („Основные законы и реформа правленія въ Россіи"), Котляревскій („Юридическіе предпосылки русскихъ основныхъ законовъ") и Калантаровъ („Die moderne Staatsverfassung des Russischen Reiches"), усматривающіе все же въ новомъ правѣ концепцію пресловутаго монархическаго принципа: въ этомъ именно смыслѣ „монархическаго суверенитета" толкуетъ Паліенко сохраненіе термина самодержавіе („монархъ признается носителемъ всѣхъ верховныхъ правъ государственной власти"), Котляревскій приходитъ къ выводу, что „утвержденіе самодержавія предполагаетъ нѣчто большее, чѣмъ признаніе за властью русскаго монарха того качества первичнаго непосредственнаго органа, которое, согласно господствующей нѣмецкой теоріи, вообще присуще всякой монархіи—монарху принадлежитъ высшій учредительный авторитетъ", Калантаровъ продолжаетъ приписывать современному русскому монарху полноту власти, въ осуществленіи которой онъ только ограниченъ, поскольку такое ограниченіе прямо выражено, съ тѣмъ, что всякое сомнѣніе подлежитъ толкованію въ пользу единоличной компетенціи монарха. Наконецъ, для подавляющаго большинства государствовѣдовъ элементы чистаго конституціонализма въ современномъ государственномъ правѣ Россіи, при всей ограниченности правъ народнаго представительства, не возбуждаютъ никакого сомнѣнія. Въ такомъ именно свѣтѣ излагаютъ наше современное государственное устройство Шалландъ („Русское государственное право", конспектъ лекцій"), Грибовскій („Государственное устройство и управленіе Россійской имперіи"), Устиновъ („Основныя понятія русскаго государственнаго, гражданскаго и уголовнаго права"), Chasles („Le parlement russe"), Palme („Die Russische Verfassung"). Изъ такого же пониманія исходятъ въ своихъ монографіяхъ, газетныхъ и журнальныхъ статьяхъ, рецензіяхъ и пр. бар. Нольде, В. М. Гессенъ, Горенбергъ, А. С. Алексѣевъ, А. А. Алексѣевъ, Соколовъ, Кокошкинъ, Кистяковскій, Корфъ, Темниковскій, Магазинеръ. Дальше всѣхъ идетъ въ этомъ направленіи Лазаревскій (какъ въ своемъ первомъ изданіи „Русскаго государственнаго права", такъ и въ только что вышедшемъ третьемъ исправленномъ изданіи), доходя въ своемъ распространительномъ толкованіи правъ народнаго представительства въ Россіи до утвержденія

правомѣрности изданія по думской инициативѣ законодательныхъ актовъ по предметамъ, отнесеннымъ основными законами къ единоличной компетенціи монарха. Этого краткаго перечня достаточно, чтобы видѣть, что работа догматизаціи нашего новаго государственнаго права, къ которой докладчикъ призывалъ, уже началась. И несомнѣнно, что догматическая разработка нашего конституціоннаго права стоитъ въ качествѣ очередной задачи передъ современнымъ русскимъ государствовѣдѣніемъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ бы ни было половинчато наше новое право, но мы еще очень далеки отъ осуществленія въ жизни даже закрѣпленныхъ въ нашемъ новомъ положительномъ правѣ пріобрѣтеній переходной эпохи. Достаточно напомнить акты 3 іюня 1907 г., 14 марта 1911 г., живучесть положенія 14 августа 1881 г. и многіе другіе акты, безспорные въ своемъ самомъ рѣзкомъ несоотвѣтствіи дѣйствующему праву и, тѣмъ не менѣе, преблагополучно примѣняемые въ качествѣ дѣйствующаго права. При такихъ условіяхъ едва ли позволительно убѣгать отъ стоящей передъ юристомъ задачи по догматической разработкѣ дѣйствующаго права въ разсчетѣ на его недолговѣчность и на близкое лучшее будущее, тѣмъ болѣе, что народныя движенія, отъ которыхъ только и можно ожидать завоеванія новаго права во всей его послѣдовательности, могутъ повторяться, какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ исторія и логика коллективной психологіи, только время отъ времени, а въ такіе промежутки времени развитіе положительнаго права неизбѣжно довольствуется тѣмъ, что рамки его раздвигаются исподволь. И такъ какъ давленіе научной мысли на развитіе положительнаго права совершенно безспорно, то самая догматическая разработка является формою служенія дѣлу развитія положительнаго права, поскольку, конечно, въ этой разработкѣ сохраняется перспектива, поскольку изъ-за деревьевъ не теряется изъ виду лѣсъ и поскольку новизна, воспринятая положительнымъ правомъ, признается факторомъ не подчиненнаго по отношенію къ старому праву значенія, а, напротивъ, значенія, подчиняющаго себѣ старую систему права. И хотя такая разработка, какъ указывалось, уже началась, но остается сдѣлать, разумѣется, еще очень многое. Въ частности, большой пробѣлъ чувствуется въ систематической библіографіи новѣйшей русской литературы по госу-

дарственному праву, особенно журнальной библіографіи, отвѣчающей всѣмъ требованіямъ научной библіографіи и представляющей всѣ удобства для пользованія. Періодически даваемый въ нѣкоторыхъ нашихъ научныхъ изданіяхъ перечень вновь вышедшихъ работъ по отдѣльнымъ отраслямъ правовѣдѣнія, дающій возможность слѣдить за движеніемъ литературы, представляетъ сырой матеріалъ, изъ котораго только можетъ быть сдѣлана сводка литературы по отдѣльнымъ вопросамъ. Таковы „указатели юридической литературы", въ частности по государственному праву, печатающіеся въ „Журналѣ Министерства Юстиціи" (черезъ номеръ), съ перечнемъ отдѣльно книжной литературы, отдѣльно журнальной литературы и отдѣльно иностранной литературы. Таковы же „библіографическія указанія", въ частности по государственному праву и по административному праву, въ „Юридической библіографіи, издаваемой Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ", съ нѣсколько болѣе дробными подраздѣленіями (государственное право, русское государственное право, гос. дума и т. д.) и съ перечнемъ также рецензій. Аналогичны библіографическіе указатели въ очередныхъ выпускахъ „Извѣстій С.-Петербургскаго Политехническаго Института", по отдѣлу наукъ экономическихъ и юридическихъ. Другой типъ библіографіи представляютъ „Библіографическіе Ежегодники" подъ редакціей Владиславлева (московскаго книгоиздательства „Наука"), включающіе въ числѣ прочихъ отраслей знанія (при классификаціи по десятичной системѣ), между прочимъ, право и, въ частности, право административное и право государственное. Но, не говоря уже о томъ, что эти „Ежегодники" охватываютъ только послѣдніе годы, начиная съ 1910 г., и что за 1910 г. имѣется только „Систематическій каталогъ книгъ съ приложеніемъ указателя рецензій", журнальная же литература (и иностранная литература о Россіи) введена только въ „Систематическіе указатели литературы" за 1911 г. и за 1912 г.,—въ части, касающейся журнальной литературы и рецензій, эти ежегодники даютъ во всякомъ случаѣ далеко неполный матеріалъ, хотя бы уже потому, что цѣлый рядъ спеціальныхъ органовъ остались какъ разъ необслѣдованными (какъ-то: „Вопросы Права", „Юридическія Записки Демидовскаго Лицея", „Вѣстникъ Права и Нотаріата"). По части журнальной литературы мы имѣемъ еще, правда, „Ука-

затели журнальной литературы", составленные Ульяновымъ (того же московскаго книгоиздательства „Наука") для пятилѣтія 1906-1910 г.г. (выпускъ I) и для десятилѣтія 1896-1905 г.г. (выпускъ II), т. е. для той переходной эпохи, которая представляетъ какъ разъ особенный интересъ для государствовѣда. Но эти указатели подводятъ итоги только нашимъ толстымъ журналамъ (6—9), такъ что наряду съ ними поневолѣ приходится пользоваться такими сводными указателями нашихъ спеціальныхъ журналовъ, какъ „Систематическій указатель" за десять лѣтъ (1898—1908 г.г.) къ „Праву", или за пять лѣтъ (1905—1909 г.г.) къ „Журналу Министерства Юстиціи". Это во-первыхъ, а во-вторыхъ, въ виду поставленнаго Ульяновымъ заданія—охватить всѣ отрасли знанія—какъ систематическій, такъ и предметный указатели, приложенные къ каждому выпуску, недостаточно оріентируютъ именно государствовѣда. Нельзя не упомянуть еще о сдѣланныхъ за послѣднее время попыткахъ облегчить спеціально государствовѣда въ его поискахъ за библіографіей. Этой цѣли предназначается, повидимому, служить „Указатель книгъ и статей о государственной думѣ" Брусянина (того же московскаго книгоиздательства „Наука") и приложенная къ справочнику Роговина „Конституція Россійской Имперіи" библіографія по различнымъ вопросамъ Россійской конституціи. Но хотя Брусянинъ и „старался—какъ онъ заявляетъ въ предисловіи — сгруппировать названіе *всѣхъ* книгъ, статей, брошюръ и отчетовъ, напечатанныхъ за послѣдніе 5—6 лѣтъ", а Роговинъ даже утверждаетъ, что въ его библіографію „вошли *всѣ* вышедшія въ 1905 г. по различнымъ вопросамъ Россійской конституціи отдѣльныя сочиненія и статьи въ нашихъ юридическихъ журналахъ", но на самомъ дѣлѣ одно бѣглое знакомство съ ихъ библіографическими попытками свидѣтельствуетъ о крупнѣйшихъ пробѣлахъ въ обоихъ изданіяхъ (напр. въ перечнѣ Брусянина нѣтъ ни одной работы бар. Нольде или Елистратова, а у Роговина пропущены курсы Ивановскаго и Елистратова, статьи бар. Нольде, Набокова, Полянскаго); небрежность библіографической сводки Роговина доходитъ до того, что къ литературѣ по „чрезвычайно-указному праву" онъ относитъ литературу о... ст. 96 осн. зак. и о диспензаціяхъ, а къ сочиненіямъ по русскому государственному праву ... Котляревскаго „Конституціонное государство",

Гессена „Правовое государство“ и даже Устинова „Ученіе о народномъ представительствѣ“... Конечно, этихъ недостатковъ чуждо обозрѣніе литературы (по рубрикамъ: общая теорія государства, общее государственное право, русское государственное право, административное право, мѣстное самоуправленіе), даваемое въ „Программахъ для самообразованія“ изданія Московской комиссіи по организаціи домашняго чтенія (выпускъ: „Науки общественно-юридическіе“) и принадлежащее перьямъ такихъ компетентныхъ лицъ, какъ Кистяковскаго, Устинова, Горбунова, Авинова, но поневолѣ весьма сжатое въ виду тѣхъ учебныхъ цѣлей, которымъ оно предназначается. До сихъ поръ такимъ образомъ мы не имѣемъ во всякомъ случаѣ систематической и полной библіографіи по новѣйшему государственному праву Россіи (о газетныхъ статьяхъ не приходится и говорить), библіографіи, которая несомнѣнно могла бы сослужить полезную службу въ дальнѣйшей догматической разработкѣ и которой болѣе, чѣмъ когда-либо, недостаетъ теперь, когда новыя формы государственной жизни Россіи такъ нуждаются въ научномъ освѣщеніи и когда соображенія экономіи силъ требуютъ maximum'a взаимной освѣдомленности всѣхъ научныхъ работниковъ. По этому же самому остро чувствуется еще другой пробѣлъ— въ систематической сводкѣ оффиціальныхъ матеріаловъ, только отчасти до сихъ поръ остающихся необнародованными, въ значительной же степени уже ставшихъ такъ или иначе достояніемъ гласности, только разбросанныхъ по самымъ разнообразнымъ и сравнительно малодоступнымъ источникамъ. Таковы: отчетъ по дѣлопроизводству государственнаго совѣта за послѣднюю дореформенную сессію 1905-1906 г., справочная книга Савича „Новый государственный строй“, справочникъ Роговина „Конституція Россійской Имперіи“, сборникъ Шеина и Блосфельдта „Государственный совѣтъ“ съ разъясненіями, носящая отпечатокъ оффиціальнаго происхожденія книга В. Ш. „Новѣйшія преобразованія русскаго государственнаго строя“ меморія совѣта министровъ 10—19 марта 1906 г. по проекту основныхъ законовъ (Право 1908 г., № 4) и проектъ основныхъ законовъ по замѣчаніямъ совѣта министровъ (Право, 1906 г., № 15), „Матеріалы по учрежденію государственной думы 1905 г.“ (включающіе меморію совѣта министровъ, соображенія министра внутреннихъ дѣлъ и проектъ учрежденія государственной думы, внесенный министромъ внутреннихъ дѣлъ

Булыгинымъ), „протоколы Петергофскаго совѣщанія о проектѣ государственной думы подъ личнымъ Его Императорскаго Величества предсѣдательствомъ“ 19—26 іюля 1905 г. (хронологическій перечень главнѣйшихъ этаповъ подготовки реформы государственнаго строя и ея осуществленія въ 1904—1906 г.г. даетъ бар. Нольде въ „Очеркахъ русскаго государственнаго права“, стр. 117—118). Если присоединить еще сюда рядъ весьма поучительныхъ рѣчей, по различнымъ поводамъ, настоящихъ и бывшихъ министровъ въ гос. думѣ и гос. совѣтѣ, вскрывающихъ отдѣльные эпизоды изъ эпохи выработки тѣхъ или другихъ статей основныхъ законовъ и учрежденія гос. думы (рѣчи Коковцева, Витте, Щегловитова), а также сопоставить, какъ это сдѣлалъ Кокошкинъ въ сборникѣ „Сергѣй Андреевичъ Муромцевъ“, новое оффиціальное право съ частными проектами конституціи 1905 г. (проектомъ земско-городского съѣзда и Муромцева), то при всей неполнотѣ законодательныхъ источниковъ дѣйствующаго права хотя бы только весь этотъ матеріалъ, собранный вмѣстѣ и систематизированный, представлялъ бы все же значительную цѣнность и несомнѣнно облегчалъ бы пониманіе этого права. Этими дополнительными замѣчаніями къ докладу я и кончаю мою и безъ того слишкомъ затянувшуюся рѣчь въ слабой надеждѣ, что указанія на эти пробѣлы, быть можетъ, хоть нѣсколько подвинутъ дѣло ихъ заполненія.

М. Я. Острогорскій считаетъ полезнымъ сдѣлать нѣкоторыя дополненія къ докладу. Докладчикъ, излагая переходъ нашей науки государственнаго права отъ школы естественнаго права къ изученію положительнаго права, не остановился на томъ, какое мѣсто удѣлено было русскими юристами изученію и разработкѣ иностраннаго государственнаго права. Изученіе послѣдняго началось у насъ только послѣ того, какъ университетскій уставъ 1835 г. учредилъ каѳедру „государственнаго права знатнѣйшихъ иностранныхъ державъ“, но оно долго не давало замѣтныхъ результатовъ. Въ петербургскомъ университетѣ каѳедру эту занималъ выдающійся для своего времени профессоръ Игнатій Іоакинфовичъ Ивановскій. Но ни онъ, ни другіе ученые наши не выпустили въ теченіе десятковъ лѣтъ, вплоть до 60-хъ годовъ, ни одной работы по государственному праву западныхъ странъ. Только въ 60-хъ годахъ стали появляться переводы нѣкоторыхъ иностранныхъ сочиненій, напр. Фишеля, Гакстгаузена, Лабулэ. Изъ работъ

русскихъ ученыхъ можно отмѣтить развѣ только сочиненіе Б. Н. Чичерина о народномъ представительствѣ, вышедшее въ 1866 г. Университетскій уставъ 1863 г. сохранилъ каѳедру иностраннаго государственнаго права. Но, несмотря на общественный подъемъ того времени, носившій ярко-политическую окраску, изученіе конституціоннаго строя и въ это время не дѣлало особенныхъ успѣховъ. Каѳедра иностраннаго государственнаго права пустовала во всѣхъ университетахъ, кромѣ двухъ. Въ петербургскомъ университетѣ ее продолжалъ до 1871 г. занимать престарѣлый И. І. Ивановскій. Послѣ него каѳедра эта запустовала и здѣсь. Пробѣлъ сталъ отчасти восполнять А. Д. Градовскій, дѣлавшій въ своихъ лекціяхъ по общей части русскаго государственнаго права экскурсы въ область западно-европейскаго конституціоннаго права, дабы студенты выносили изъ университета хоть элементарныя свѣдѣнія о государственномъ строѣ западнаго міра. Университетскій уставъ 1884 г. упразднилъ каѳедру иностраннаго государственнаго права и только въ послѣдніе годы открылась возможность читать отдѣльные курсы по иностранному конституціонному праву. Запущенность, въ состояніи которой находилось почти до послѣдняго времени изученіе конституціоннаго права западныхъ странъ, привела къ весьма печальнымъ послѣдствіямъ. Государственные дѣятели наши были весьма мало освѣдомлены въ государственныхъ порядкахъ другихъ странъ, и въ такіе моменты, какъ 1880 и 1905 г.г., когда всплывалъ вопросъ о томъ, чтобы приблизить наши учрежденія къ учрежденіямъ Запада, они оказывались въ этомъ отношеніи застигнутыми врасплохъ. Та же неосвѣдомленность въ западныхъ государственныхъ учрежденіяхъ и въ томъ, какъ они въ дѣйствительности функціонируютъ, невыгодно отразилась также на воззрѣніяхъ и стремленіяхъ широкихъ общественныхъ круговъ, когда передъ ними встала задача насажденія представительныхъ учрежденій. Наконецъ, недостаточное изученіе западнаго конституціонализма сказалось отрицательно и на нашей наукѣ государственнаго права. Не касаясь сейчасъ вопроса о господствующихъ въ ней въ настоящее время теченіяхъ и направленіяхъ, можно сказать, что отъ болѣе близкаго знакомства съ государственнымъ правомъ Запада много выиграла бы и научная разработка нашего государственнаго права.

Н. А. Ленскій полагаетъ, что русскихъ юристовъ можно упрекнуть въ недостаточномъ интересѣ къ разработкѣ нашего положительнаго законодательнаго матеріала. Изъ всего свода законовъ у насъ хорошо знаютъ только I, X, XV, XVI томы. Догматизація русскаго государственнаго права не будетъ имѣть успѣха, покуда не будетъ исторически и догматически изученъ сводъ законовъ.

Я. М. Магазинеръ полагаетъ, что путь догматическаго изученія нашего новаго государственнаго права, который былъ предметомъ пожеланій докладчика, намѣченъ въ нашей наукѣ настолько твердо, что такое изученіе можно считать обезпеченнымъ. Однако, необходима не только догматизація нашего новаго права, но и историко-соціологическій его анализъ, какъ основа всякаго изученія права. Дѣло въ томъ, что самая догма нашего права настолько несовершенна, что во многихъ случаяхъ не даетъ отвѣта на вопросы чисто-догматическіе, и поэтому во имя самой догмы необходимо изученіе исторіи даннаго института и его значенія въ системѣ нашей общественности: въ этихъ случаяхъ только историко-соціологическій анализъ учрежденій можетъ пролить свѣтъ на чисто-догматическія проблемы. Нельзя также достаточно высоко оцѣнить все значеніе стремительнаго темпа современности. Многія нормы нашего права находятся въ процессѣ образованія или преобразованія, и на вопросъ, что является правомъ въ данный моментъ, невозможно отвѣтить простою ссылкою па статью закона или неизмѣнную логику института. На этотъ вопросъ можно отвѣтить, только изучивъ направленіе развитія у насъ даннаго института: только заглянувъ въ его будущее, можно понять и оцѣнить его настоящее. Но такое изученіе источниковъ института и направленія его развитія можетъ дать плодотворные и истинные результаты только на основѣ изученія всѣхъ факторовъ нашей общественности и ихъ соціально-правового значенія, а это вѣдь и есть историко-соціологическое изученіе права. Простой и всѣмъ извѣстный фактъ изъ исторіи толкованія нашего новаго права подтверждаетъ сказанное. По вызвавшему большіе споры вопросу о существѣ нашего государственнаго строя у насъ пришли къ широко распространенному выводу, что de jure у насъ конституція, а de facto самодержавіе. Но въ дѣйствительности дѣло здѣсь не въ противорѣчіи между правомъ и жизнью,

которое долговременнымъ быть не можетъ, а въ борьбѣ между противоположными элементами самаго права, которая приводитъ къ тому, что на рядъ чисто-догматическихъ вопросовъ мы не можемъ дать безусловно твердаго отвѣта. Отвѣтъ на эти проблемы мы получимъ тогда, когда съ ясностью будетъ установлено, не „гдѣ мы", а „куда мы идемъ", ибо если будущее суждено конституціоннымъ элементамъ нашего права, то, при столкновеніи ихъ съ самодержавными элементами, послѣдніе должны in dubiis отступать, и конституціонное истолкованіе нормы или института правильнѣе абсолютистскаго, долженствующаго быть ограничительнымъ. Но будущее института тѣсно связано съ будущимъ тѣхъ общественныхъ слоевъ, которые борются за то или иное его толкованіе и значеніе, и анализъ этого будущаго дастъ намъ отвѣтъ на вопросъ о будущемъ самого института и, тѣмъ самымъ, о конституціонномъ или самодержавномъ его толкованіи. Съ этой же точки зрѣнія, можно отвѣтить и на основной вопросъ нашего права о сущности нашего государственнаго порядка: если конституціонные элементы въ немъ и не получили еще господства, то будущее, все же, за ними, а не за имъ противоположными,—и въ историко-соціологическомъ изученіи ихъ развитія заключается задача науки нашего государственнаго права.

Докладчикъ *В. М. Гессенъ* кратко отвѣчалъ всѣмъ принявшимъ участіе въ бесѣдѣ. Очень важными представляются докладчику замѣчанія М. Я. Острогорскаго, одного изъ самыхъ выдающахся въ Россіи современныхъ теоретиковъ конституціоннаго права. Докладчикъ не входилъ въ вопросы, имъ затронутые, только потому, что свою задачу ограничилъ изслѣдованіемъ лишь основныхъ теченій въ русской наукѣ. Періодизація исторіи развитія нашей науки государственнаго права, предложенная П. М. Толстымъ, представляется докладчику недостаточно разработанною. Реабилитація законоискусничества, предложенная Н. А. Ленскимъ, основана на недоразумѣніи. У насъ были знатоки свода законовъ—и прежде всего, къ нимъ слѣдуетъ отнести покойнаго Коркунова; въ настоящее время такимъ знатокомъ не можетъ не быть признанъ Н. И. Лазаревскій. Но вѣдь знанія положительнаго законодательнаго матеріала, вообще говоря, болѣе, чѣмъ недостаточно: научная задача будетъ достигнута лишь тогда, когда матеріалъ этотъ будетъ изученъ догматически. Докладчикъ не отрицаетъ

полезности историко-соціологической разработки права, о которой говорилъ Я. М. Магазинеръ. Историко-соціологическое направленіе въ наукѣ государственнаго права имѣетъ всѣ права на существованіе. Но нецѣлесообразно пользоваться данными историко-соціологической разработки для рѣшенія тѣхъ или иныхъ догматическихъ вопросовъ, на историко-соціологическомъ анализѣ не могутъ базироваться догматическіе выводы. Успѣхи догматическаго изслѣдованія нашего новаго государственнаго права, о которыхъ говорили нѣкоторые изъ участниковъ бесѣды, по мнѣнію докладчика, преувеличены. Наши догматическія изслѣдованія часто проникнуты политической тенденціей. Даже курсъ Н. И. Лазаревскаго нельзя признать въ полной мѣрѣ догматическимъ. Въ еще большей степени приходится сказать это о работахъ Авалова, Рейснера и мног. друг.

Предсѣдательствующій *К. Н. Соколовъ*, въ краткомъ резюме, приноситъ В. М. Гессену отъ имени собранія благодарность за поучительный докладъ, блестящій не только по содержанію, но и по формѣ. Что же касается дополнительныхъ замѣчаній лицъ, участвовавшихъ въ бесѣдѣ, то они относились главнымъ образомъ къ послѣдней части доклада, что вполнѣ понятно, такъ какъ критическая оцѣнка первой части доклада требовала бы спеціальной исторической подготовки. По поводу высказанныхъ въ докладѣ и въ вызванной имъ бесѣдѣ соображеній о современномъ состояніи науки государственнаго права въ Россіи, слѣдуетъ дѣйствительно признать, что состояніе ея не даетъ поводовъ къ пессимизму. У насъ, несомнѣнно, вырабатывается ,,свое“ направленіе въ наукѣ, и общіе контуры „русской школы государственнаго права“ начинаютъ обрисовываться съ достаточною отчетливостью. Для этой школы характерны усиленный интересъ къ общимъ проблемамъ теоріи и методологіи, безусловное признаніе пріоритета права надъ государствомъ и опредѣленныя симпатіи къ свободнымъ формамъ государственнаго устройства. Одного изъ блестящихъ представителей этой русской школы государственнаго права К. Н. Соколовъ предлагаетъ собранію привѣтствовать въ лицѣ сегодняшняго докладчика.

Послѣ выраженія благодарности докладчику единодушными аплодисментами собранія засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

22 марта 1913 года.

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя административнаго отдѣленія Общества *В. М. Гессена.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ члена-сотрудника *А. В. Еропкина*: *„Государственный совѣтъ по русской конституціи“*.

Положенія доклада:

1. Учрежденіе государственнаго совѣта, какъ и государственной думы, а также Положеніе о выборахъ въ совѣтъ и въ думу являются законами конституціонными и могутъ подлежать измѣненію лишь въ особомъ порядкѣ.

2. Конституціонныя мѣры борьбы съ „обструкціей“ государственнаго совѣта лежатъ въ области бюджетныхъ и финансовыхъ правъ народнаго представительства.

3. „Обструкція“ членовъ государственнаго совѣта, назначенныхъ отъ короны, легко можетъ быть сломлена путемъ смѣны назначенныхъ членовъ другими. Поэтому наиболѣе вредной реформой являлось бы назначеніе присутствующихъ членовъ государственнаго совѣта отъ короны пожизненно.

Содержаніе доклада сводилось въ общихъ чертахъ къ слѣдующему:

Докладчикъ принесъ въ Юридическое Общество свои сомнѣнія для того, чтобы выслушать компетентное мнѣніе Общества по вопросу о томъ, насколько цѣлесообразно и допустимо, съ точки зрѣнія теоріи государственнаго права, колебаніе конституціонныхъ

основъ, каковое колебаніе докладчикомъ усматривается въ законодательномъ предположеніи нѣкоторыхъ членовъ гос. думы о реформѣ гос. совѣта. Докладчикъ знаетъ, что, съ точки зрѣнія строго формальнаго толкованія, учрежденія гос. думы и гос. совѣта, какъ не вошедшія въ составъ основныхъ законовъ, не могутъ, какъ будто, быть признаны конституціоннымъ закономъ. Но докладчикъ не можетъ согласиться съ тѣмъ, чтобы сила и крѣпость конституціи зависѣли бы только отъ того, какое наименованіе конституція эта носитъ. По опредѣленію науки государственнаго права, данному Дайси, „подъ конституціей страны подразумѣвается та часть ея права, которая относится къ опредѣленію и формѣ законодательныхъ учрежденій, къ правамъ и функціямъ различныхъ этихъ учрежденій, къ устройству, обязанностямъ и юрисдикціи судовъ; конституція есть главная часть, отдѣлъ или глава кодекса государственныхъ законовъ, отличающаяся отъ остальныхъ большею важностью предмета, о которомъ трактуетъ". Дайси, этотъ лучшій знатокъ конституціоннаго права Англіи, распредѣляетъ даже конституціонное право на право писанное и на обычай, на конституціонные законы и конституціонныя соглашенія. Дайси приводитъ цѣлый рядъ примѣровъ этихъ соглашеній: „Парламентъ долженъ собираться, по крайней мѣрѣ, одинъ разъ въ годъ"; „министерство, въ нѣкоторой степени, отвѣтственно за назначенія, сдѣланныя однимъ изъ его членовъ, или, говоря болѣе точно, за распоряженія короны, сдѣланныя по совѣту какого-либо одного изъ членовъ кабинета"; „если встрѣтится несогласіе во мнѣніяхъ между палатою лордовъ и палатою общинъ, палата лордовъ должна въ извѣстный моментъ уступить, а если бы пэры не уступили бы, а палата общинъ продолжала бы пользоваться довѣріемъ страны, то долгъ короны или ея отвѣтственныхъ совѣтниковъ—назначить или пригрозить назначеніемъ достаточнаго количества пэровъ, чтобы преодолѣть сопротивленіе палаты лордовъ и такимъ образомъ возстановить согласіе между двумя составными частями законодательнаго учрежденія". Мало того, основной принципъ конституціоннаго строя Англіи требуетъ того, чтобы министерство, не заслужившее одобренія палаты общинъ, обязано было, во многихъ случаяхъ, выйти въ отставку, партія же, которая въ данное время располагаетъ въ палатѣ общинъ большинствомъ голосовъ, имѣетъ право требовать для своихъ вожаковъ министерскихъ портфелей. Даже этотъ принципъ основанъ лишь на конституціонныхъ обычаяхъ и соглашеніяхъ. Правда, по опредѣленію того же Дайси, конституціи

государствъ дѣлятся на податливыя и неподатливыя, т. е. конституціи, которыя могутъ быть измѣняемы въ обычномъ порядкѣ законодательной инціативы, и конституціи неподвижныя, подлежащія измѣненію лишь въ особомъ порядкѣ. Докладчикъ утверждаетъ, что такими—не только законодательными, но и учредительными—функціями измѣненія дѣйствующей конституціи обладаетъ одинъ лишь англійскій парламентъ, наиболѣе консервативный изъ всѣхъ парламентовъ. Неподвижность основныхъ конституціонныхъ нормъ достигается въ различныхъ странахъ въ разныя эпохи различными путями. Такъ, по французской конституціи 1848 г., законодательное собраніе лишь въ послѣдній годъ своего существованія, и то лишь большинствомъ $^3/_4$ голосовъ, могло созвать учредительное собраніе особаго состава, имѣющее власть измѣнять конституцію. По нынѣ дѣйствующимъ французскимъ законамъ, лишь обѣ палаты, засѣдающія вмѣстѣ въ качествѣ національнаго собранія, могутъ вносить измѣненія въ конституціонные законы. Такая же „неподатливость" отмѣчается и въ конституціяхъ другихъ государствъ, напр., бельгійской, американскихъ и швейцарскихъ. Принципъ неподатливости и неизмѣнимости нашей юной русской конституціи особенно ощутителенъ и особенно необходимъ при той крайней непрочности самыхъ основъ конституціоннаго строя, которая характерна для современной Россіи. Докладчикъ далекъ отъ того, чтобы преклоняться передъ какимъ бы то ни было изъ способовъ защиты неподвижности конституціи, будетъ ли то требованіе совмѣстнаго засѣданія обѣихъ палатъ или квалифицированнаго большинства и т. п. Докладчикъ, не отдавая опредѣленнаго предпочтенія какому-нибудь одному изъ такихъ способовъ передъ другимъ, всемѣрно защищаетъ лишь самый принципъ неподвижности, неподатливости конституціи. И поскольку по нашей дѣйствующей конституціи для измѣненія конституціонныхъ законовъ установлена иниціатива главы государства, докладчикъ утверждаетъ, что, во имя прочности и святости самыхъ основъ конституціи, этотъ квалифицированный способъ измѣненія конституціонныхъ законовъ долженъ быть примѣняемъ и къ учрежденію гос. думы и къ учрежденію гос. совѣта. Если даже республиканскія государства столь тщательно охраняютъ свои конституціи отъ всякихъ случайныхъ измѣненій, то въ особенности это должно имѣть мѣсто въ отношеніи неокрѣпшаго еще русскаго правового строя. Конечно, Англія безбоязненно можетъ предоставить парламенту полныя учредительныя функціи; но совсѣмъ въ иномъ положеніи

находится русская гос. дума, относительно которой до сихъ еще поръ ведутся споры по вопросу о томъ, принадлежатъ ли ей законодательныя или законосовѣщательныя функціи. Докладчикъ предвидитъ возраженіе со ссылкою на актъ 3 іюня: о какой охранѣ конституціи приходится говорить послѣ акта 3 іюня? Но юридическая природа акта 3 іюня для юриста ясна и безспорна. Однако, развѣ именно фактъ изданія акта 3 іюня не служитъ наиболѣе нагляднымъ доказательствомъ всей хрупкости русской конституціи, опирающейся только на манифесты, но отнюдь не на правосознаніе народныхъ массъ? Поэтому первой и главной задачей нашего молодого парламента является укрѣпленіе именно этого правосознанія, сознанія того, что конституція должна быть неизмѣнна. Откуда же можетъ появиться это правосознаніе, если во взаимныхъ раздорахъ законодательныя палаты примутся за растерзаніе конституціонныхъ законовъ? И развѣ гос. совѣтъ не въ правѣ, въ порядкѣ своей иниціативы, отвѣтить на проектъ его преобразованія проектомъ реформы гос. думы на иныхъ избирательныхъ началахъ или о сокращеніи ея компетенціи? Однако, до сего времени гос. совѣтъ, при всей нетерпимости его къ работамъ гос. думы, держался строго конституціонныхъ способовъ борьбы. Гос. дума въ правѣ стать на тотъ же путь конституціонной борьбы въ области бюджета и финансовъ, и на этомъ пути она добьется того, что гос. совѣтъ уступитъ народнымъ представителямъ. Третировать же основы учрежденія гос. совѣта не только непрактично,—ибо оно не достигаетъ цѣли, разъ гос. совѣту предоставлено право veto по этимъ проектамъ,—но и неразумно, ибо этимъ подрывается авторитетъ нашей неокрѣпшей конституціи. Въ частности же и въ особенности приходится возражать противъ самаго содержанія законодательнаго предположенія нѣкоторыхъ членовъ гос. думы о реформѣ гос. совѣта въ той его части, въ коей проектируется назначеніе присутствующихъ членовъ гос. совѣта отъ короны пожизненно, такъ какъ теперешній порядокъ ежегоднаго назначенія членовъ гос. совѣта къ присутствованію въ гос. совѣтѣ каждое 1 января предоставляетъ все же гарантію противъ обструкціи членовъ гос. совѣта по назначенію, каковой не будетъ при назначеніи пожизненномъ.

Докладъ вызвалъ рядъ возраженій.

С. К. Гогель находитъ, что исходныя точки зрѣнія докладчика заслуживаютъ, несомнѣнно, полнаго сочувствія.

Нельзя, безъ сомнѣнія, признавать терпимымъ, чтобы гос. совѣтъ останавливалъ всякое нормальное развитіе нашего законодательства. Съ другой стороны, конечно, надо всемѣрно охранять нашу юную конституцію отъ нарушеній. Но именно для того, чтобы устранить первое и достигнуть второго, необходимо ясно и точно разграничивать область конституціонныхъ (основныхъ) отъ остальныхъ законовъ. Одно упоминаніе въ основныхъ законахъ о какомъ-либо учрежденіи, хотя бы и съ вынесеніемъ нѣкоторыхъ статей положенія объ этомъ учрежденіи въ основные законы, не дѣлаетъ всего строя этого учрежденія неприкосновеннымъ. Иначе вѣдь можно было бы прійти къ заключенію, что такъ какъ въ основныхъ законахъ упоминается о министерствахъ, то ни одинъ штатъ ни одного министерскаго департамента не можетъ быть измѣненъ въ общемъ законодательномъ порядкѣ. Законодатель и у насъ вынесъ въ основные законы все то, что онъ признавалъ существеннѣйшими чертами новаго государственнаго строя, и только эти существенныя черты и подлежатъ измѣненію въ особомъ порядкѣ. Если сравнить ст. 100 осн. зак. со ст. 9 учр. гос. сов., то окажется, что первая половина ст. 9 повторяетъ буквально ст. 100, и въ этой части статья 9 забронирована, а во второй части своей она представляетъ обыкновенный законъ. Такой взглядъ на учрежденія гос. думы и гос. совѣта получилъ уже санкцію и въ рѣшеніи сената, какъ хранилища законовъ. Отказавъ въ распубликованіи выработанныхъ нашими палатами наказовъ, между прочимъ, потому, что ими предусматривалось приглашеніе экспертовъ, сенатъ указалъ, что это требовало бы дополненія учрежденія въ законодательномъ порядкѣ, каковое дополненіе и можетъ быть осуществлено по законодательной инціативѣ самихъ палатъ. Значитъ, сенатъ прямо различилъ конституціонные и неконституціонные элементы въ учрежденіяхъ палатъ. Правда, по мнѣнію докладчика, однимъ изъ доказательствъ того, что учрежденія палатъ составляютъ часть основныхъ законовъ, служитъ упоминаніе о нихъ въ ст. 87 осн. зак. Но вѣдь о нихъ упоминается въ ст. 87 наряду съ основными законами, но вовсе не какъ о части основныхъ законовъ. Въ ст. 87 ставятся рамки для временнаго, а не постояннаго законодательства, а это временное законодательство, при его незаконно широкомъ примѣненіи, не даромъ одинъ изъ вождей нашей

консервативной партіи назвалъ „озорствомъ“. Но если учрежденіе гос. совѣта подлежитъ измѣненію въ порядкѣ думской инціативы, то, быть можетъ, этого не слѣдуетъ дѣлать? Докладчикъ не находитъ соотвѣтственныхъ примѣровъ въ западноевропейскихъ законодательствахъ, хотя и ссылается на Англію. Страннымъ образомъ, онъ забываетъ о борьбѣ, только что, въ 1911 году, закончившейся побѣдою нижней палаты и лишеніемъ палаты лордовъ всякаго вліянія на бюджетъ. Невѣрны также указанія докладчика на возможность для гос. думы борьбы на почвѣ бюджета и финансовыхъ законопроектовъ. Предѣлы правъ гос. думы, очерченные въ правилахъ 8 марта 1906 г., такъ узки (въ особенности, ст. 13), что ассигнованіе, напр., на флотъ, несмотря на отклоненіе его гос. думою, могло быть проведено волею министерства. Несомнѣнно поэтому, что проектъ прогрессивной партіи избралъ правильный путь. Касаясь незабронированныхъ частей учрежденія гос. совѣта, проектъ этотъ пытается дать развитіе и подтвержденіе тѣмъ началамъ, которыя въ учрежденіи этомъ заложены и развитіе которыхъ приводитъ его въ большее согласіе съ современными взглядами на верхнія палаты. Начало безсословности, получившее у насъ полное гражданство со времени реформъ Императора Александра II, проведено и въ учрежденіи гос. совѣта за однимъ лишь исключеніемъ, выражающимся въ установленіи отдѣльнаго представительства отъ дворянъ. Исключеніе это указаннымъ проектомъ устраняется. Далѣе, въ учрежденіи гос. совѣта правильно проведено начало представительства организованныхъ группъ населенія. Въ этомъ, по воззрѣнію современнаго законодательства, и заключается отличіе верхнихъ палатъ отъ нижнихъ, которыя осуществляютъ непосредственное представительство населенія. Однако, въ учрежденіи гос. совѣта упущена одна, чрезвычайно важная организація, именно городъ. Учрежденіе гос. совѣта нигдѣ не преслѣдуетъ цѣли образованія представительства крупно-владѣльческихъ элементовъ; для дворянъ даже вовсе не установлено никакого особаго ценза. Но для выборовъ отъ земствъ установленъ тройной цензъ. Проектомъ это устраняется, и цензъ устанавливается нормальный. Наконецъ, послѣднее начало, вызвавшее особенно горячія нападки докладчика,—начало несмѣняемости, пожизненности назначенныхъ членовъ гос. совѣта. Но вѣдь это начало проведено во

всѣхъ безъ исключенія верхнихъ палатахъ, въ которыхъ имѣется элементъ назначенія. Оно проведено, въ сущности, и въ учрежденіи гос. совѣта. Въ ст. 9 этого учрежденія и и нынѣ говорится, что „члены по Высочайшему назначенію увольняются только по ихъ о томъ просьбамъ". Съ другой стороны, ст. 11 учр. гос. совѣта не даетъ, конечно, основанія для ежегоднаго обмѣна, ибо она говоритъ только о ежегодномъ опубликованіи списковъ членовъ и, притомъ, какъ назначенныхъ, такъ и выборныхъ. Между тѣмъ, несомнѣнно, что составъ послѣднихъ не мѣняется ни ежегодно, ни вообще такимъ путемъ. Очевидно, слѣдовательно, что ст. 11 не уполномочиваетъ къ ежегодному обмѣну членовъ нашей верхней палаты. Сама же по себѣ, пожизненность назначенія представляетъ собою начало, въ данномъ случаѣ вполнѣ безспорное. Чтобы оправдать довѣріе монарха, призвавшаго ихъ къ участію въ законодательствѣ, и имѣть возможность руководствоваться однимъ голосомъ совѣсти при разрѣшеніи сложныхъ столкновеній часто мѣняющихся представителей правительственной власти съ общественнымъ мнѣніемъ, члены гос. совѣта по назначенію должны обладать несмѣняемостью, на подобіе судейской.

К. Н. Соколовъ констатируетъ, что С. К. Гогелемъ непререкаемо доказана неправильность утвержденія докладчика, будто учрежденіе гос. думы, учрежденіе гос. совѣта и избирательные законы суть законы конституціонные, подлежащіе измѣненію лишь въ особомъ порядкѣ, установленномъ для пересмотра основныхъ законовъ. Дѣлая такое неправильное утвержденіе, докладчикъ стоитъ, очевидно, на чисто политической точкѣ зрѣнія. Но матеріальное понятіе конституціи, которымъ докладчикъ оперировалъ, не всегда совпадаетъ съ формальнымъ ея понятіемъ. Съ точки зрѣнія нашего права, и учрежденіе гос. думы и учрежденіе гос. совѣта не суть конституціонные законы. Къ тому же, даже если вообще признавать правильнымъ формальное отграниченіе конституціоннаго законодательства отъ обыкновеннаго, едва ли приходится защищать ту систему „забронированія" основныхъ законовъ, которая принята основными законами 23 апрѣля 1906 г. Въ настоящее время оказываются жизнеспособными только тѣ затрудняющія пересмотръ конституціонныхъ законовъ условія, которыя имѣютъ цѣлью обезпеченіе соотвѣт-

ствія основныхъ началъ государственнаго строя желаніямъ населенія. Правило нашихъ основныхъ законовъ объ исключительной иниціативѣ Монарха съ указанною цѣлью не имѣютъ, очевидно, ничего общаго. Что касается вопроса о пожизненности полномочій членовъ гос. совѣта по назначенію, то по этому поводу необходимо помнить, что несмѣняемость членовъ гос. совѣта санкціонирована нашимъ закономъ (ст.ст. 9 и 11 учр. гос. совѣта). Нельзя согласиться съ докладчикомъ, усматривающимъ въ пожизненности полномочій членовъ гос. совѣта по назначенію начало, въ высшей степени вредное. Пожизненность полномочій членовъ верхней палаты по назначенію, напротивъ, совершенно необходима съ точки зрѣнія принципіальныхъ началъ конституціоннаго строя, потому что, согласно этимъ началамъ, членамъ законодательной палаты должна быть гарантирована независимость, которая исключается при порядкѣ, принятомъ, въ нарушеніе закона, въ настоящее время у насъ. Зато безспорно правильно указаніе докладчика на необходимость для гос. думы обращенія, въ ея борьбѣ съ обструкціей верхней палаты, къ использованію бюджетныхъ и финансовыхъ правъ народнаго представительства. Къ сожалѣнію, возможность использованія этихъ правъ въ борьбѣ за политическое вліяніе парламента еще раньше докладчика хорошо понимали составители правилъ 8 марта. Обращаясь къ тѣмъ непосредственнымъ поводамъ, которыми вызваны критикуемый докладчикомъ законопроектъ и самый докладъ, оппонентъ считаетъ полезнымъ отмѣтить, что въ отношеніяхъ, создавшихся нынѣ между нашими законодательными палатами, нѣтъ ничего оригинальнаго. Даже въ Англіи, съ ея наиболѣе развитымъ парламентарнымъ режимомъ, въ періодъ 1906—1911 г.г. отношенія между палатами были немногимъ лучше, нежели теперь у насъ. У насъ же эти тренія между отдѣльными элементами конституціоннаго строя тѣмъ болѣе естественны, что наша конституція переживаетъ нынѣ періодъ дѣтскаго возраста, которому, по самой природѣ вещей, свойственны многочисленныя дѣтскія болѣзни.

Гр. П. М. Толстой, ссылаясь на статистическія данныя о количествѣ отклоненныхъ гос. совѣтомъ законопроектовъ третьей думы (31), возвращенныхъ ей (26), переданныхъ въ согласительныя комиссіи (86) и оставшихся неразсмотрѣнными (37), обращаетъ вниманіе на всю важность затронутаго до-

кладчикомъ вопроса. Съ двумя основными тезисами докладчика (первымъ и третьимъ) нельзя однако никакъ согласиться. Во-первыхъ, докладчикъ ничѣмъ рѣшительно не доказалъ, что учрежденія гос. думы и гос. совѣта суть законы конституціонные, не подлежащіе ни въ какой части измѣненію внѣ порядка, установленнаго ст. 8 осн. зак. Въ основныхъ законахъ составъ гос. совѣта предусматривается только ст. 100, въ силу которой гос. совѣтъ состоитъ изъ выборныхъ членовъ и членовъ по назначенію, по числу не превышающихъ числа выборныхъ членовъ. Поэтому это начало можетъ быть устранено изъ дѣйствующаго права лишь по иниціативѣ Монарха—но только это начало. И въ нашей практикѣ были уже случаи измѣненія учрежденія гос. совѣта въ общемъ законодательномъ порядкѣ: напр., закономъ 10 марта 1909 г., обязаннымъ своимъ изданіемъ иниціативѣ гос. совѣта, измѣнено примѣчаніе къ ст. 18 (о времени производства выборовъ послѣ истеченія полномочій выборныхъ членовъ). Такъ обстоитъ дѣло съ точки зрѣнія положительнаго права, но не иначе, разумѣется, обстоитъ оно и de lege ferenda. При той конструкціи незыблемости основныхъ законовъ, какая дается ст. 8 нашихъ основныхъ законовъ, въ смыслѣ забронированости отъ народнаго представительства, имѣется всего менѣе основаній къ расширенію объема основныхъ законовъ. Съ другой стороны совсѣмъ не таковы тѣ дополнительные учредительные акты, которые имѣются въ виду докладчикомъ (учрежденіе гос. думы, учрежденіе гос. совѣта, положеніе о выборахъ въ думу и правила о выборахъ членовъ гос. совѣта отъ губернскихъ земскихъ собраній и отъ землевладѣльцевъ), чтобы возводить ихъ на пьедесталъ незыблемости: акты эти во всѣхъ отношеніяхъ неудовлетворительны, между прочимъ, даже въ редакціонномъ отношеніи, какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ многочисленные пробѣлы(напр.,по вопросу объ участіи въ выборахъ професоровъ-иностранцевъ—ср. противоположное толкованіе гос. совѣта, въ первой его сесіи, въ засѣданіи 26 мая 1906 г. и I департамента сената въ указѣ 10 января 1907 г.) и даже противорѣчія (напр., по вопросу о срокѣ полномочій членовъ гос. совѣта, выборныхъ отъ земствъ и отъ землевладѣльцевъ—ср. ст. 18 учр. гос. сов. и ст. 10 приложенія къ ст. 12 учр. гос. сов.). Не въ большей степени можно согласиться съ тезисомъ докладчика противъ пожизненности полномочій назначенныхъ

членовъ гос. совѣта. Съ точки зрѣнія дѣйствующаго закона, докладчику, котораго мнѣніе по этому вопросу совпадаетъ, поскольку рѣчь идетъ о нашихъ государствовѣдахъ, съ воззрѣніями только В. В. Ивановскаго и Елистратова—слѣдовало бы, во всякомъ случаѣ, опровергнуть рядъ доводовъ въ пользу пожизненности, выдвинутыхъ Лазаревскимъ и французскимъ государствовѣдомъ Шаслемъ. Правда, законодательные мотивы въ этомъ вопросѣ глухи: въ совѣщаніи подъ предсѣдательствомъ Сольскаго, вырабатывавшемъ въ ноябрѣ 1905 г. учрежденіе гос. совѣта, вопросъ этотъ повидимому, не обсуждался. Но и мѣсто ст. 9 учр. гос. совѣта (въ раздѣлѣ о гос. совѣтѣ въ узкомъ смыслѣ общаго собранія), и самый смыслъ означенной гарантіи, что члены по назначенію „увольняются только по ихъ о томъ просьбамъ“ (гарантія имѣетъ смыслъ по отношенію къ увольненію отъ присутствованія, но не отъ званія), и упоминаніе ст. 11 о ежегодномъ распубликованіи состава присутствующихъ въ совѣтѣ членовъ не только по назначенію, но и по выборамъ—все это говоритъ въ пользу того, что и нашимъ дѣйствующимъ закономъ принято начало несмѣняемости. Не иначе долженъ быть разрѣшенъ вопросъ этотъ и de lege ferenda. Уже тѣмъ же Лазаревскимъ указывалось, что изъ всѣхъ формъ назначенія нѣтъ вообще хуже назначенія на срокъ, ибо система срочнаго назначенія имѣетъ въ сугубой степени всѣ недостатки системы назначенія, ведя къ особенной непрочности служебнаго положенія и воспитывая поэтому только угодливость. Въ условіяхъ же непарламентарнаго режима, система назначенія на срокъ есть притомъ способъ косвеннаго усиленія короны, такъ какъ ежегодное переназначеніе къ присутствованію всего состава членовъ по назначенію остается всецѣло дѣломъ личнаго усмотрѣнія, нисколько не приводя, такъ сказать, къ одному знаменателю обѣ палаты, что краснорѣчиво подтверждается слѣдующей исторической справкою: изъ присутствовавшихъ въ 1906 г. 98 членовъ государственнаго совѣта по назначенію къ 1 января 1913 г. осталось только 56, остальные же 42 члена назначены за время послѣ 1906 г.; всего съ тѣхъ поръ назначено было даже болѣе, чѣмъ 42 члена, такъ какъ нѣсколько изъ вновь назначенныхъ успѣли умереть и были замѣненными новыми. Между тѣмъ, разладъ между гос. совѣтомъ и гос. думою не только съ тѣхъ поръ не уменьшился, но все время непрерывно растетъ. И разъ вообще статья 100 осн.

зак. препятствуетъ проведенію въ порядкѣ думской инициативы реформы очищенія гос. совѣта отъ членовъ по назначенію, не приходится особенно разсчитывать на устраненіе разлада между нашими обѣими палатами внѣ усвоенія начала парламентарнаго режима и назначенія членовъ гос. совѣта по представленію парламентарнаго кабинета, хотя, несомнѣнно роль гос. совѣта въ качествѣ „законодательной пробки“ должно смягчиться, представляя въ настоящее время въ значительной степени явленіе, обусловленное съ одной стороны безсиліемъ гос. думы на почвѣ положенія о выборахъ 3 іюня 1907 г. съ его искаженнымъ и одностороннимъ представительствомъ, а съ другой стороны — отсутствіемъ давленія организованнаго общественнаго мнѣнія на направленіе законодательныхъ работъ вообще и на направленіе дѣятельности нашей верхней палаты въ частности.

Членъ гос. думы *кн. С. П. Мансыревъ* обращаетъ вниманіе собранія на то, что докладъ А. В. Еропкина представляетъ откликъ наростающаго общественнаго настроенія, не могущаго мириться съ законодательной обструкціей нашей верхней палаты. Но не слѣдуетъ предаваться несбыточнымъ иллюзіямъ. Указываемыя докладчикомъ средства борьбы съ государственнымъ совѣтомъ едва ли на дѣлѣ осуществимы. Возможность бюджетной борьбы парализуется правилами 8 марта. Но этого мало. Нельзя же отказать правительству, напримѣръ, въ школьныхъ кредитахъ. Оппозиція финансовому законодательству также сплошь и рядомъ не можетъ имѣть мѣста. Введеніе подоходнаго налога, напримѣръ, представляетъ вѣдь одну изъ самыхъ насущныхъ потребностей страны: какъ ни желательно введеніе его правительству, но не въ меньшей мѣрѣ диктуется оно и интересами широкихъ круговъ населенія. Къ тому же, мало надежды на то, что финансовая борьба имѣла бы въ нашихъ условіяхъ какіе-нибудь реальные результаты. Вопросъ же о пожизненности полномочій членовъ государственнаго совѣта по назначенію представляется оппоненту несущественнымъ. Доколѣ правительственная власть безотвѣтственна передъ народнымъ представительствомъ, и пожизненные и ежегодно смѣняемые члены нашей верхней палаты будутъ одинаково служить только видамъ и намѣреніямъ правительства.

Членъ гос. думы *П. П. Гронскій* считаетъ нужнымъ подчеркнуть, что юридическое понятіе конституціи есть понятіе

исключительно и чисто формальное. Всѣ соображенія докладчика о забронированности учрежденія гос. совѣта представляются поэтому элементарно несостоятельными. Реформа государственнаго совѣта необходима,—эта реформа есть необходимое условіе дальнѣйшаго нормальнаго развитія нашей государственной жизни. Наша верхняя палата должна быть либо реформирована—въ такомъ случаѣ гос. совѣтъ долженъ быть во всемъ своемъ составѣ выборнымъ—либо уничтожена. Третьяго выхода нѣтъ.

Предсѣдатель *В. М. Гессенъ*, въ своемъ краткомъ резюме отмѣтилъ, что докладъ А. В. Еропкина нѣсколько необыченъ для Юридическаго Общества, какъ содержащій изслѣдованіе не юридическое, а политическое. Этотъ прецендентъ не соотвѣтствуетъ традиціямъ нашего Общества, котораго задачи и дѣятельность необходимо ограничиваются предѣлами его спеціальной компетенціи. Политика въ тѣсномъ смыслѣ выходитъ за эти предѣлы. Докладъ ставитъ два вопроса—о юридической возможности реформы и о политической ея цѣлесообразности. Второй вопросъ не долженъ бы подлежать обсужденію Юридическаго Общества. Что же касается перваго вопроса, то въ рѣшеніи его докладчикъ совершенно не правъ. Онъ стоитъ на совершенно невѣрномъ пути. Понятіе конституціи, въ юридическомъ его смыслѣ, есть понятіе исключительно формальное, конституція есть то, что таковою признается въ самомъ конституціонномъ законѣ. Это подтверждается, между прочимъ, и исторіей нашихъ основныхъ законовъ. Учрежденія гос. думы и гос. совѣта не подлежатъ измѣненію въ той лишь мѣрѣ, въ какой отдѣльные принципы этихъ учрежденій провозглашены въ основныхъ законахъ. При всемъ томъ собраніе не можетъ не быть благодарно докладчику за привлеченіе вниманія къ одному изъ весьма существенныхъ вопросовъ нашего молодого конституціоннаго строя и за то, что онъ своимъ докладомъ далъ поводъ для столь оживленнаго и интереснаго обмѣна мнѣній.

Послѣ выраженія благодарности докладчику аплодисментами собраніе было закрыто.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

1 мая 1913 года [1]).

Засѣданіе открыто въ 9 час. веч. подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя уголовнаго отдѣленія Общества *В. Д. Набокова.*

Предметомъ занятій служили: 1) Выборы новыхъ дѣйствительныхъ членовъ. 2) Докладъ дѣйствительнаго члена Общества *Г. Н. Штильмана: „Иммунитетъ отчетовъ о публичныхъ засѣданіяхъ парламента“.*

Произведенные выборы новыхъ дѣйствительныхъ членовъ дали слѣдующій результатъ: всѣ предложенные кандидаты оказались избранными, а именно бар. А. Э. Нольде, С. І. Добринъ (бывшій уже членомъ-сотрудникомъ), И. А. Александровъ, М. М. Могилянскій и А. Г. Гойхбаргъ.

Затѣмъ заслушанъ былъ докладъ *Г. Н. Штильмана: „Иммунитетъ отчетовъ о публичныхъ засѣданіяхъ парламента“.*

Положенія доклада.

1. Цѣль парламентскаго отчета — освѣдомленіе страны о дѣятельности ея избранниковъ. Безотвѣтственность составителя и распространителя отчетовъ логически вытекаетъ изъ начала публичности парламентскихъ засѣданій. Судьба этой гарантіи, какъ о томъ свидѣтельствуетъ исторія ея въ государствахъ, гдѣ сложились различные типы иммунитета, неразрывно связана съ успѣхами самого принципа парламентской гласности.

2. Теоретическою разработкою проблема наша обязана главнымъ образомъ нѣмецкой наукѣ. Здѣсь поставленъ во всей широтѣ вопросъ объ юридической природѣ этого института.

---

[1]) Засѣданіе первоначально было назначено на 5 апрѣля 1913 г., но отложено за неприбытіемъ достаточнаго числа членовъ.

3. Вопреки господствующему въ доктринѣ мнѣнію, слѣдуетъ признать, что иммунитетъ отчетовъ не чья-либо привилегія, а естественный порядокъ, отступленіе отъ котораго внесло бы неизбѣжное разстройство въ работу конституціоннаго механизма.

4. Задача института — установленіе постоянной связи между парламентомъ и страной. Требованія, предъявляемыя къ отчету, слѣдуетъ сообразовать съ этимъ исходнымъ положеніемъ. Защитою должны въ идеѣ пользоваться лишь отчеты, согласные съ истиной и напечатанные или вообще изложенные pro bono publico. Оппортунистическіе мотивы могутъ, однако, заставить законодателя, какъ это и дѣлаетъ нѣмецкое право, отбросить субъективный моментъ и ограничиться однимъ только признакомъ объективно правильной передачи событій. Иммунитетомъ, во всякомъ случаѣ, не покрывается отдѣльная рѣчь, кѣмъ бы и въ какомъ объемѣ она ни была опубликована.

5. Существенныя трудности порождаетъ въ теоріи понятіе согласнаго съ истиной отчета. Попытка казуистическаго перечисленія отличающихъ „правдивый отчетъ" признаковъ является, однако, несостоятельной и практически опасной.

6. Наше законодательство не содержитъ категорическаго указанія на иммунитетъ отчетовъ. Этимъ, но далеко не этимъ только однимъ, объясняется неустойчивость нашей практики. De lege ferenda необходимо добиваться постановленія, аналогичнаго § 22 Abs. 2 германской имперской конституціи.

Получивъ отъ предсѣдателя слово, докладчикъ сообщилъ слѣдующее [1]):

Свобода опубликованія парламентскихъ отчетовъ!.. Вопросъ, естественно волнующій всѣ молодыя конституціонныя государства и давно уже повсюду разрѣшенный въ соотвѣтствіи съ общимъ духомъ и нуждами представительнаго строя. Не всѣ законодательства базируются здѣсь на одномъ и томъ же правовомъ фундаментѣ. А нѣкоторыя обходятся даже и безъ всякой въ этой области спеціальной писанной нормы. Но конечный результатъ всегда одинъ и тотъ же. Повелѣваетъ ли законъ или царитъ обычай,—правдивые и добросовѣстные парламентскіе отчеты повсюду защищены исчерпывающимъ иммунитетомъ.

Въ странахъ, гдѣ исполнительная власть не дѣлала попытокъ

---

[1]) Докладъ напечатанъ въ „Правѣ" 1913 г. №№ 23, 24 и 25.

повернуть обратно колесо исторіи, не возникало вокругъ этого вопроса сколько-нибудь ожесточенныхъ споровъ. Положеніе во многомъ самоочевидное. Или нѣтъ подлиннаго народнаго представительства, или нація должна быть исчерпывающимъ образомъ информируема относительно всего, что говорятъ и дѣлаютъ ея избранники. Если парламентъ—головной мозгъ страны, то пресса—тѣ нервы, по которымъ воспріятія его передаются различнымъ группамъ населенія, частямъ единаго государственнаго тѣла. Перерѣжьте нервъ и органъ перестанетъ реагировать. Уничтожьте право свободнаго опубликованія парламентскихъ отчетовъ, и прекратится та живая связь между законодательными палатами и обществомъ, внѣ которой любое народное представительство, какими бы оно ни обладало на бумагѣ правами, перестанетъ быть реальнымъ факторомъ политической жизни.

Само собой разумѣется, что правомъ этимъ особенно всегда дорожили представители демократіи. Нѣтъ страны, гдѣ такъ называемыя конституціонныя гарантіи вылились бы сразу въ сколько-нибудь опредѣленныя формы. „Свободы“ обезпечены на первыхъ порахъ только тѣмъ общественнымъ кругамъ,—большею частью неширокимъ,—въ которыхъ исполнительная власть усматриваетъ своихъ союзниковъ, нерѣдко открытыхъ приверженцевъ реставраціи. Нѣкоторое равенство предъ закономъ фактически ограничивается въ такихъ случаяхъ стѣнами одной только законодательной палаты. И можно безъ преувеличенія сказать, что вся новѣйшая политическая исторія на европейскомъ континентѣ, это прежде всего—исторія борьбы съ реакціей посредствомъ газетныхъ парламентскихъ отчетовъ. При ограниченіи права собраній, при отсутствіи клубовъ, при мелочномъ контролѣ, которому подвергается дѣятельность союзовъ, какъ ознакомить общество съ ошибками правительства, съ борьбой партій, съ начинаніями оппозиціи? Цѣль эта можетъ быть, очевидно, достигнута лишь посредствомъ регулярныхъ сообщеній о трудахъ той единственной инстанціи, гдѣ еще въ подобныхъ случаяхъ сохраняется извѣстная свобода слова...

Безсильная бороться съ произволомъ административныхъ органовъ на мѣстахъ, общественная мысль противопоставляетъ имъ то, что въ интересахъ новаго порядка дѣлается въ центрѣ. И суть здѣсь опять-таки не въ успѣхахъ самаго законодательнаго собранія, de facto исполнительной властью игнорируемаго, а въ томъ, что до націи доходятъ неизмѣнно отклики раздающагося

тамъ протеста. Чѣмъ слабѣе дѣйствительное участіе парламента въ управленіи страной, тѣмъ ревностнѣе должны быть охраняемы эти его воспитательныя функціи. А проявляются онѣ, конечно, только косвенно, при помощи печати. Ясно, стало быть, о какомъ интересѣ идетъ въ этомъ случаѣ рѣчь.

Иммунитетъ правдиваго отчета логически вытекаетъ изъ начала публичности парламентскихъ засѣданій. Въ непосредственной формѣ оно реализуется фактомъ присутствія на трибунахъ посѣтителей. Но этимъ путемъ пріобщается къ государственному строительству только ничтожнѣйшая часть народа. И, при отсутствіи регулярныхъ отчетовъ, ея случайное ознакомленіе съ парламентской работою могло бы принести дѣлу одинъ только вредъ. Вниманіе каждаго новаго посѣтителя естественно останавливается на чисто внѣшней сторонѣ развертывающейся передъ нами картины. Если бы по такому источнику стали оріентироваться лица, встрѣчающіяся съ попавшимъ на трибуны счастливцемъ, они получили бы самое искаженное представленіе о томъ, что происходило въ парламентѣ. Далѣе ошибка съ каждымъ новымъ пересказомъ неизбѣжно бы росла. И въ концѣ концовъ надъ дѣятельностью законодательной палаты нависъ бы такой туманъ недоразумѣній, сквозь густые покровы котораго нельзя было бы разсмотрѣть ни одной подлинной ея черты.

Не на много больше служитъ освѣдомительной цѣли и стенографическій отчетъ, уже по самымъ размѣрамъ своимъ доступный только единицамъ. Органъ, связующій страну съ ея представительствомъ, это прежде всего ежедневная печать. И всякое разумное законодательство должно стремиться къ тому, чтобы дѣятельность ея въ этомъ направленіи обставлена была максимальною свободой.

I.

Родина нашего вопроса—конечно, Англія. Но раціональной постановкѣ его здѣсь очень долгое время мѣшалъ *принципъ тайны парламентскихъ засѣданій*, еще и до сихъ поръ *формально* не ликвидированный. Безразличный и, во всякомъ случаѣ, понятный въ ту далекую эпоху, къ которой относится начало англійскаго конституціонализма, порядокъ этотъ встрѣтилъ затѣмъ могучую поддержку въ условіяхъ политической жизни. На своемъ правѣ работать безъ постороннихъ свидѣтелей коммонеры съ особенной

энергіей настаивали въ XVI и XVII вѣкѣ, когда, вслѣдствіе обострившейся борьбы между короной и нижней палатой, тайна засѣданій диктовалась непосредственной политической необходимостью. Королю должны становиться извѣстными только результаты совѣщаній, но никакъ не степень и характеръ участія въ нихъ каждаго изъ депутатовъ. Подъ страхомъ чувствительной кары членамъ самого парламента вмѣнено было въ обязанность хранить молчаніе о томъ, что тамъ происходило. И если нужда заставляла такъ остерегаться своего же брата, то „чужихъ" естественно было попросту къ себѣ не допускать.

Конфликтъ смягчался постепенно. А одновременно съ этимъ стало отпадать и прежнія строгости. Къ концу XVII-го вѣка, какъ объ этомъ можно судить по частому повторенію запретовъ, публика, должно быть не безъ содѣйствія самихъ же коммонеровъ, научилась такъ или иначе проникать въ парламентъ. Въ 1688 г. палата общинъ, подтверждая старые свои приказы, возлагаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ на завѣдующаго зданіемъ сержанта отвѣтственность за присутствіе въ залѣ постороннихъ. Въ 1689 г. ордеръ этотъ возобновляется съ указаніемъ, что всякій обнаруженный въ парламентѣ посѣтитель долженъ быть немедленно взятъ подъ арестъ. Въ то же время парламентъ напоминаетъ и самимъ депутатамъ, что они совсѣмъ не въ правѣ приводить съ собой людей со стороны. На протяженіи четверти вѣка (съ 1689 по 1713 г.) ордеръ этотъ ежегодно повторяется. Но, расходясь съ ясно обозначившейся общественной потребностью, онъ раздѣляетъ судьбу всѣхъ формальныхъ полицейскихъ предписаній. Публика игнорируетъ резолюціи парламента. И коммонеры сквозь пальцы смотрятъ на такое нарушеніе своей „привиллегіи". Въ залахъ вѣчно толкутся какіе то посѣтители. Но очистка зданія производится весьма неохотно и лѣниво. Ни сержантъ, ни спикеръ не слѣдятъ вообще за строгимъ соблюденіемъ соотвѣтствующаго приказа; а сама палата привыкла вполнѣ индифферентно относиться къ присутствію постороннихъ [1]).

Въ обычномъ порядкѣ привиллегія сведена была бы на нѣтъ, если бы она не встрѣтила поддержки въ новомъ могучемъ политическомъ стимулѣ. Въ серединѣ XVIII-го вѣка и позже тайна уже нужна была коммонерамъ для того, чтобы прикрыть, по возможности, свои собственные грѣхи. Палата общинъ превратилась къ

---

[1]) См. Josef Redlich, Recht und Technik des englischen Parlamentarismus, Leipzig, 1905, S. 288.

этому времени въ узко-сословное, привилегированное, чуждое интересамъ образованныхъ классовъ, учрежденіе. Уже въ зародышѣ его таились источники пагубной заразы. Создавались искусственные цензы. И деньги же затѣмъ довершали и все остальное. За опредѣленную сумму можно было получить депутатское мѣсто. Дѣйствительная связь съ общиной постепенно утрачивалась. Попадавшіе въ парламентъ таинственные незнакомцы безъ особой борьбы вступали въ компромиссъ съ представителями короны. Дѣло доходило нерѣдко до прямой торговли своими голосами. Правительство подкупало депутатовъ орденами, почетными мѣстами, выгодными концессіями, а иногда и просто звонкою монетою [1]).

Эрскинъ Май въ уничтожающихъ словахъ характеризуетъ это состояніе распада. „Народные представители, обязанные своимъ избраніемъ подкупу, не могли, конечно, сами противостоять искушенію подкупа. То, что эти люди добыли за деньги, они вполнѣ готовы были въ свою очередь перепродать. А какъ соблазнительна была предлагаемая въ вознагражденіе за ихъ услуги плата! Пэрство, баронство и другія почетныя званія, раздача постовъ и милость двора для богатыхъ, должности и пенсіи, деньги для менѣе состоятельныхъ. Они свободно могли протянуть свою руку ко всему, что правительство только въ состояніи было дать имъ. Быстрый ростъ почетныхъ постовъ свидѣтельствуетъ о щедрости, съ которою въ то время оплачивались политическія услуги. Мемуары и письма разоблачаютъ тѣ махинаціи, при помощи которыхъ въ то время пріобрѣтено бывало иное пэрство“ [2]). Въ правленіе Георга III число депутатовъ, состоявшихъ на различныхъ видахъ коронной службы было очень велико. И власть открыто пользовалась ими, какъ своимъ орудіемъ.

Естественно, при такихъ условіяхъ, что палата или та часть ея, которая руководила другими, хотѣла отсрочить часть суда надъ собой. И было, поэтому, въ ея интересахъ всячески отгораживать себя отъ народа. „Неудивительно, такимъ образомъ—говоритъ Май,—что худшій изъ всѣхъ англійскихъ парламентовъ обнаружилъ и наибольшую рѣшительность въ использованіи своего права исключать гласность. Это былъ врагъ націи: свои злыя дѣла онъ могъ творить лучше всего во мракѣ тайны... Стоило только какому-ни-

---

1) Ср. Вильсонъ, Государство, стр. 347—348.

2) May, Die Verfassungsgeschichte Englands seit der Tronbesteigung Georg's III (1760—1860). 1864, S. 253.

будь популярному члену оппозиціи захотѣть обратиться къ странѣ, какъ сейчасъ же прибѣгали къ закрытію дверей" [1]).

Май имѣлъ въ виду палату, собравшуюся въ 1768 г. и распущенную въ 1774 году. Въ исторіи за ней сохранилась кличка „парламента безъ репортеровъ". И одно это названіе свидѣтельствуетъ о томъ, что отсутствіе гласности уже ощущалось тогда, какъ нѣчто безусловно ненормальное. Какъ ни старались мракобѣсы, жизнь брала свое. Съ уходомъ всѣмъ ненавистнаго парламента практика снова стала смягчаться. На бумагѣ все было по старому. Но фактически привиллегія съ каждымъ днемъ таяла.

Карлъ-Филиппъ Моритцъ, совершившій въ 1782 г. большое путешествіе по Англіи, побывалъ много разъ въ парламентѣ. Среди посѣтителей онъ наблюдалъ тамъ людей всѣхъ классовъ и званій. Любопытенъ разсказъ о томъ, какъ онъ отправился туда въ первый разъ. Явившись къ зданію и дойдя по длинному коридору до дверей ведущихъ на галлерею, Моритцъ сообщилъ находившемуся тамъ „хорошо одѣтому господину" о своемъ желаніи попасть въ мѣста для публики. Господинъ, не безъ извѣстной торжественности, отвѣтилъ ему, что для этого, собственно, требуется рекомендація депутата. Опечаленный нѣмецъ вернулся домой и разсказалъ о своей неудачѣ квартирной хозяйкѣ. Опытная англичанка тотчасъ же объяснила ему, что зло это еще не такъ большой руки. „Хорошо одѣтый господинъ"—не больше, чѣмъ привратникъ. О рекомендаціи депутата онъ говорилъ для пущей важности. Двухъ шилинговъ вполнѣ достаточно для того, чтобы преодолѣть это препятствіе... Моритцу полегчало. Рецептъ на слѣдующій же день былъ испробованъ и, конечно, привелъ къ желанному результату. Хранитель входовъ широко распахнулъ предъ наивнымъ иностранцемъ двери [2]). И пока нашъ путешественникъ оставался въ Лондонѣ, марки, преображенныя въ шиллинги, не одинъ разъ совершали турнэ въ карманы „хорошо одѣтаго господина"...

Мы видимъ, и самая возможность проникнуть въ парламентъ и способы ея реализаціи—ни для кого не были въ столицѣ тайной. Оффиціальный запретъ, естественно, обращенъ былъ служителями въ источникъ нѣкотораго побочнаго дохода. Надо же было брать съ публики за то, чего ей, строго говоря, не полагалось дѣлать.

---

[1]) Ibid., S. 340.

[2]) Carl Philipp Moritz. Reisen eines Deutschen in England im Jahre 1782, Deutsche Literaturdenkamle des 18—n und 19—n Jahrhunderts, Berlin, 1903, s. 30—31.

Но люди, не имѣвшіе знакомыхъ депутатовъ, охотно мирились съ этимъ скромнымъ косвеннымъ налогомъ. Къ концу XVIII-го вѣка посѣщеніе законодательной палаты прочно вошло въ обиходъ.

Этимъ еще не разрѣшался, однако, вопросъ объ отчетахъ. Ибо формально никому неизвѣстно было, что на трибунахъ находятся „посторонніе". И, обнаруживъ это неожиданное обстоятельство, каждый отдѣльный депутатъ могъ потребовать, чтобы нескромные были оттуда удалены. Stricto jure порядокъ этотъ въ полной силѣ еще и сейчасъ—съ однимъ только ограниченіемъ, да и то относящимся къ сравнительно позднѣйшему времени. Въ 1875 г. постановлено было, что по поводу каждаго заявленія о присутствіи на трибунѣ „постороннихъ" должна быть тотчасъ же произведена баллотировка, исходомъ которой и рѣшается вопросъ о томъ, какъ поступить съ публикой. До принятія этого порядка „чужихъ", напротивъ, необходимо было удалить автоматически, не справляясь съ волею всего парламента. И только благодаря испытанной англійской дисциплинѣ, широко развитому чувству отвѣтственности и власти общественнаго контроля, отдѣльные депутаты воздерживались на протяженіи послѣдняго вѣка отъ соблазна использовать эту предоставленную имъ возможность. Осуществленная въ 1875 г., по предложенію Дизраэли, реформа явилась лишь уступкой тѣмъ, кто, съ одной стороны, изъ страха предъ непредвидѣнными случайностями, а съ другой—по мотивамъ чисто идейнымъ, не могъ примириться съ сохраненіемъ въ наказѣ такой нелѣпой нормы. Именно съ цѣлью демонстрировать эту опасность, ирландецъ Биггаръ не призадумался навлечь на себя всеобщее недовольство и „обнаружилъ постороннихъ" въ засѣданіи, послѣ котораго немедленно была принята дѣйствующая нынѣ система. Принципъ тайны и по сію пору еще, однако, не отмѣненъ. И когда представляется нужда въ закрытіи дверей, ее реализуютъ все при помощи того же стараго пріема.

Но какія-бы „привиллегіи" ни продолжали значиться въ парламентскихъ статутахъ, политическая, а вмѣстѣ съ ней и правовая эволюція шла своимъ ходомъ. Отжившій порядокъ падаетъ обыкновенно въ Англіи не подъ ударами законодательнаго топора, а лишь благодаря молчаливому признанію его отжившимъ. Публика добилась фактически возможности посѣщать парламентъ. Но потребность въ гласности удовлетворена была этимъ путемъ въ самой только незначительной степени. Дать широкимъ кругамъ общества понятіе о томъ, что въ законодательной палатѣ происходитъ, способны

только регулярные отчеты. Естественно, что вмѣстѣ съ остальною публикой стали проникать въ парламентъ и представители прессы. Одно съ логической неизбѣжностью влекло за собою другое. Окончательная побѣда „постороннихъ“ къ концу XVIII-го вѣка дѣлала несомнѣнной и близость полнаго торжества печати. Уже въ 1803 г. спикеръ оффиціально призналъ за журналистами право на постоянное мѣсто въ парламентѣ.

А, по строгому праву, народные представители все же засѣдали тайно. И газетные отчеты о трудахъ парламента попрежнему почитались „нарушеніемъ привилегіи“. Уже въ первой половинѣ XVII-го вѣка нижняя палата сочла себя вынужденною прибѣгнуть къ этому запрету. Изъятіе „постороннихъ“, повидимому, послѣдовательно тогда проводилось. И принятая въ 1641 г. резолюція имѣла въ виду самихъ же коммонеровъ.

Провозглашена была общая норма: „Никто изъ членовъ парламента не долженъ безъ его дозволенія опубликовывать въ письменной и печатной формѣ что-либо изъ того, что будетъ тамъ говориться“. Но въ такой редакціи ордеръ этотъ недостаточно, повидимому, ограждалъ тайну. И уже въ слѣдующемъ году постановлено было, что „всякій, кто безъ особаго разрѣшенія палаты станетъ, въ видѣ отчетовъ или подъ какимъ-либо другимъ заголовкомъ, печатать или распространять парламентскія происшествія, долженъ быть признанъ виновнымъ въ тяжеломъ нарушеніи привиллегіи и подвергнутъ соотвѣтствующей карѣ“. Запреты эти, разумѣется, не всегда соблюдались. И отъ времени до времени на виновныхъ обрушивалась та или иная мѣра воздѣйствія.

Карательная энергія парламента не всегда, однако, проявлялась съ равной интенсивностью. Если господствующая партія не усматривала особыхъ поводовъ къ тревогѣ, нарушеніе привиллегіи попросту игнорировалось. Когда, напротивъ, появлялись рѣчи, по той или иной причинѣ для большинства неудобныя, на голову виновнаго незамедлительно обрушивались громъ и молнія. Депутата Деринга изгнали за такое прегрѣшеніе изъ палаты и заключили его къ Товеръ. Изданную же имъ книгу постановили сжечь рукою палача [1])...

Такимъ образомъ, парламентъ охранялъ фактически не самое тайну своихъ совѣщаній, а возможность представлять ихъ публикѣ въ опредѣленномъ свѣтѣ. По собственной иниціативѣ нерѣдко палата

[1]) May, ibid. S. 344.

опубликовывала отчеты о своихъ дебатахъ или другихъ предпринятыхъ ею офиціальныхъ дѣйствіяхъ. И начало этой практикѣ положено было въ томъ самомъ 1641 году, къ которому относится опредѣленно выраженный запретъ по адресу отдѣльныхъ депутатовъ. Палата стремилась удержать дѣло парламентской информаціи въ своихъ рукахъ. Такой порядокъ выгоденъ, конечно, для главенствующихъ въ каждый данный моментъ партій. Но онъ кореннымъ образомъ расходится съ нуждами народнаго представительства, какъ таковаго. И на этой почвѣ очень скоро загорѣлось состязаніе.

Рѣшительную роль въ исходѣ его сыграли успѣхи журнализма, въ свою очередь обусловленные непрерывно возраставшимъ въ странѣ интересомъ къ событіямъ политической жизни. На протяженіи всего XVIII-го вѣка длилась эта ожесточенная борьба. Въ 1738 г. изданъ былъ спеціальный ордеръ противъ прессы. Газеты, разумѣется, стремились его обойти. Не отваживаясь, по началу, на открытый конфликтъ, онѣ облекали свои отчеты въ квази-замаскированную форму. Чтобы прямо не называть палату общинъ, писали о римскомъ сенатѣ. Виднѣйшихъ коммонеровъ окрестили Маркомъ-Антоніемъ, Брутомъ и т. д. Для всѣхъ ясно было, кто скрывается подъ каждымъ изъ этихъ „псевдонимовъ". И правовая неопредѣленность приводила лишь къ тому, что дѣло парламентскихъ отчетовъ поставлено было крайне неудовлетворительно. Всегда рискуя подвергнуться преслѣдованію и не отвѣчая при этомъ въ полной мѣрѣ предъ обществомъ, — таково уже свойство игры въ прятки,—газеты очень слабо информировали и весьма интенсивно обслуживали интересы своей партіи. Даже и столь крупный журналистъ, какъ Джонсонъ, открыто признавалъ, что, составляя свои отчеты, онъ прежде всего заботился о томъ, чтобы эти „собаки-виги" предстали предъ публикой не въ очень выгодномъ свѣтѣ.

Положеніе было неустойчивое: сегодня — нѣсколько острѣе, завтра—мягче [1]). Въ 1762 г. палата сочла необходимымъ повторить изданный ею четверть вѣка тому назадъ запретъ. Это было послѣднее доказательство былой мощи. Вѣсы явно стали склоняться на сторону прессы или, что то же самое, общества. Конъюнктура была для парламента очень неблагопріятна. И, сдѣлавъ попытку поступить съ ослушниками „по всей строгости законовъ", онъ очень скоро началъ отступать. Палата общинъ, въ которой уже къ тому времени многое подгнило, вынуждена была сдать позиціи, на

---

[1]) May, ibid. T. 345.

обладаніи которыми она строила за послѣдніе годы все свое благополучіе. Заложены были основы дѣйствительнаго контроля за поведеніемъ коммонеровъ. Любители „тишины" знали, чего имъ слѣдуетъ бояться. Стала вырисовываться неизбѣжность коренной парламентской реформы.

Начало рѣшительному перелому положено было въ 1771 г. исходомъ преслѣдованія, возбужденнаго палатой общинъ противъ типографщика Миллера. Дерзновеннаго засадили въ Томеръ. Но вокругъ дѣла загорѣлась борьба, которая сопряжена была для коммонеровъ съ такимъ конфузомъ, что у парламента прошла охота затѣвать въ аналогичныхъ случаяхъ исторію. Водворилась фактическая безнаказанность составителя отчетовъ. И это измѣнило тотчасъ же ихъ физіономію. Газеты полностью стали называть имена выступавшихъ ораторовъ. Но это, разумѣется, обязывало. Ибо, во-первыхъ, присутствовавшая на трибунахъ публика легко, при такихъ условіяхъ, могла уличить репортера въ неправдѣ. И надо было затѣмъ, во-вторыхъ, опасаться преслѣдованія со стороны самихъ депутатовъ, въ уста которыхъ столь охотно прежде вкладывалась всяческая чепуха.

Качество парламентской информаціи быстро поднялось. Но все же ему еще долгое время далеко было до нормальнаго уровня. Репортерамъ попрежнему приходилось работать въ очень неблагопріятной обстановкѣ. Составлять во время хода преній замѣтки имъ опредѣленно воспрещено было. И еще въ 1807 г. послѣдовало объ этомъ въ палатѣ лордовъ напоминаніе... Особыя мѣста точно такъ же отведены были для представителей прессы не сразу. Чтобы обезпечить себѣ проникновеніе на галлерею, сотрудники газетъ иногда часами дожидались въ вестибюлѣ открытія дверей. Но и такая предусмотрительность, въ сущности, ничего не гарантировала. За отсутствіемъ писаной нормы или прочно укоренившагося обычая, все находилось временами въ зависимости отъ случая. Въ день, когда Питтъ докладывалъ о возобновленіи враждебныхъ дѣйствій противъ Франціи, 26-го мая 1803 г., публика была вообще допущена только къ концу рѣчи министра, которая такъ поэтому и не попала въ газеты. Въ томъ же году спикеръ впервые открыто призналъ за работниками печати право на спеціальное мѣсто въ залѣ засѣданія.

Палаты отказались фактически отъ своей привиллегіи. Но это еще не разрѣшало вопроса. Парламентской информаціей могутъ быть задѣты и очень осязательные частные и государственные интересы. Какъ же оградить отчеты съ этой стороны?

*

Только постепенно въ публику стало внѣдряться сознаніе, что общественное благо требуетъ въ данномъ случаѣ отъ каждаго отдѣльнаго человѣка максимальной готовности на жертву. Никто не обязанъ терпѣть злостнаго нападенія на свою личность. Но каждый долженъ примириться съ тѣмъ, что имя его, попавъ въ круговоротъ государственнаго дѣланія, временно потерпитъ тотъ или иной ущербъ. Тѣмъ болѣе, что, причиняя вредъ, печать открываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ пути къ реабилитаціи.

По мѣрѣ проникновенія этого взгляда въ ряды интеллигенціи, начинаютъ изыскивать для него адекватную юридическую форму и суды. Задача облегчается тѣмъ, что отчету, составленному съ информаціонной цѣлью, чуждъ, очевидно, всякій преступный умыселъ. Пусть и окажутся оскорбленные, — въ расчеты газетнаго сотрудника эффектъ этотъ не входилъ. Пусть въ изложенной рѣчи заключается составъ какого-нибудь воспрещеннаго подъ страхомъ уголовной кары призыва,—репортеръ стремился лишь ознакомить страну съ поведеніемъ ея избранниковъ. И достигнуть этого онъ могъ только путемъ объективной передачи всего, что въ парламентѣ происходило.

Моментъ личной вины на сторонѣ работниковъ печати, такимъ образомъ, неуловимъ. Общественный же интересъ требуетъ, чтобы полезной дѣятельности ихъ не ставились психологическія препоны въ видѣ постояннаго риска быть привлеченнымъ къ отвѣтственности за правдивый разсказъ о томъ, свидѣтелями чего они были въ парламентѣ. Одно другое дополняя, соображенія эти и легли въ основу практики, изъемлющей правдивые и добросовѣстные отчеты изъ сферы уголовно-правового воздѣйствія. По извѣстному дѣлу Вазена вынесено было рѣшеніе, которое и подвело итоги упрочившимся къ этому времени взглядамъ, и послужило, вмѣстѣ съ тѣмъ, твердымъ руководствомъ для будущаго. Предсѣдательствующій судья разъяснилъ присяжнымъ: 1) что если отчетъ добросовѣстенъ, то онъ покрытъ иммунитетомъ и 2) что, такъ какъ предметъ дебатовъ представляетъ общественный интересъ, то добросовѣстная критика или замѣчанія, ихъ касающіяся, также покрыты безотвѣтственностью. Судъ съ этимъ согласился и послѣдовавшее рѣшеніе пріобрѣло силу прецедента, по которому „отчеты о засѣданіяхъ, составленные fair and occurate не влекутъ за собой отвѣтственности ни для авторовъ, ни для издателей“ [1]).

[1]) Цит. по брошюрѣ Л. Шалланда, Свобода слова въ англійскомъ парламентѣ, Юрьевъ, 1910, стр. 83—84.

Но всячески ограждая аппаратъ, посредствомъ котораго страна освѣдомляется о дѣятельности народнаго представительства, судебная практика въ то же время подчеркиваетъ, что преслѣдованію не подлежитъ только дѣйствительный отчетъ, разсказъ, охватывающій, хотя бы, и въ очень немногихъ словахъ, тѣ или иные моменты парламентской жизни во всей ихъ полнотѣ. Вырванный изъ общей картины дебатовъ случайный эпизодъ не подходитъ подъ указанное понятіе и, стало быть, не покрывается иммунитетомъ. Это относится прежде всего къ отдѣльнымъ депутатскимъ рѣчамъ. Если они опубликованы внѣ связи съ тѣмъ, что сказано было до и послѣ нихъ, то, оцѣнивая послужившія поводомъ къ жалобѣ слова, судъ примѣняетъ къ нимъ обыкновенную уголовно-правовую мѣрку [1]).

Существующее положеніе опредѣляется, вообще говоря, рядомъ прецедентовъ. Въ законодательномъ порядкѣ ничего не предпринято здѣсь и въ 1880 г., когда особымъ актомъ установленъ былъ иммунитетъ отчетовъ о томъ, что происходитъ во всякомъ публичномъ и, въ частности, судебномъ засѣданіи. Stricto jure норма эта тѣмъ болѣе не примѣнима къ парламенту, что надъ работою его и по сей день тяготѣетъ фикція тайны. Практика поспѣшила, однако, заявить, что мотивы, выдвигаемые въ пользу судебныхъ отчетовъ, въ одинаковой мѣрѣ относятся и къ сообщеніямъ о трудахъ обѣихъ палатъ. Принципу безотвѣтственности дана была новая мощная опора.

Процессъ закончился. Отъ момента, когда стали впервые появляться регулярные парламентскіе отчеты, и до полной ихъ эмансипаціи прошло около вѣка. Законодательству принадлежала въ этомъ развитіи очень скромная, почти незамѣтная роль. Право создавалось шагъ за шагомъ. И хотя дѣйствующій нынѣ порядокъ покоится исключительно на судебной практикѣ, никто не сомнѣвается въ его устойчивости. Правдивые и добросовѣстные парламентскіе отчеты ограждены въ Англіи, несмотря на отсутствіе спеціальной писаной нормы, весьма широкимъ и надежнымъ иммунитетомъ.

II.

Такъ же точно обстоитъ сейчасъ дѣло и во Франціи. Но пришла она къ этому результату совершенно иными путями. Ши-

---

[1]) См. L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, B. I, S. 268; cp, Hubrich, Die Immunität der parlamentarischen Berichterstattung „Annalen des Deutschen Reiches“, 1897, S. 10, Note 2.

рочайшая публичность всѣхъ актовъ и выступленій, предпринимаемыхъ различными органами государственной власти, уже въ эпоху великой революціи провозглашена была здѣсь одною изъ основъ разумнаго политическаго строя. И прежде всего имѣлись, конечно, при этомъ въ виду работы законодательнаго корпуса. Національное собраніе въ явочномъ порядкѣ осуществило новый принципъ. А конституція 3 сентября 1791 г. создала уже и спеціальную норму. Гласность засѣданій нижней палаты признана была даже хартіей 4 іюня 1814 г. И такъ какъ интересъ къ парламентскимъ событіямъ въ эпоху реставраціи снова значительно поднялся, то возникъ тотчасъ же и вопросъ, какъ быть съ отчетами. На практикѣ онъ не вызвалъ особенныхъ затрудненій, именно благодаря твердой бронѣ, которою защищено было начало публичности. Суды склонны были признавать, что слова, сказанныя въ присутствіи постоянно находящихся на трибунахъ посѣтителей, не должны являться поводомъ для уголовнаго преслѣдованія, если передача ихъ въ печати не искажаетъ общей картины дебатовъ. Это широко распространенное убѣжденіе очень скоро еще къ тому же облечено было въ форму писанаго права.

Въ столь благодѣтельный для развитія свободы печатнаго слова 1819-й годъ провозглашена была во Франціи и безотвѣтственность согласныхъ съ истинной и добросовѣстно составленныхъ отчетовъ. § 22 изданнаго въ этомъ году закона прямо говоритъ о недопустимости враждебной противъ нихъ реакціи, каково бы ни было самое содержаніе изложенныхъ рѣчей или инцидентовъ. Мотивы подобной постановки вопроса не вызываютъ никакихъ сомнѣній. Съ исчерпывающей ясностью они формулированы были во время преній депутатомъ Гизо: „Публичность парламентскихъ засѣданій выражается въ томъ, что гражданамъ предоставлена возможность притти послушать, о чемъ въ палатахъ идетъ рѣчь, присутствовать при дискуссіи. Но что дѣлаютъ журналисты, когда они оглашаютъ произносимое или происходящее въ палатахъ? Они открываютъ публикѣ широкій доступъ къ парламенту, они даютъ всей Франціи возможность пріобщиться къ праву, котораго страна не въ состояніи использовать непосредственно... Журналъ—не болѣе, чѣмъ инструментъ, при помощи котораго осуществляется дозволенная публикація; въ качествѣ таковаго, онъ сообщаетъ о дебатахъ и обо всемъ, вообще, что происходитъ въ парламентѣ".

Какъ, однако, быть въ тѣхъ случаяхъ, когда отчетъ не отвѣчаетъ установленнымъ для него признакамъ? Съ отпаденіемъ иму-

нитета наступаетъ логически отвѣтственность по общему праву. Но, кромѣ того, во Франціи существовала еще и весьма чувствительная спеціальная репрессія. Законъ 1822 г. угрожалъ составителямъ и распространителямъ несогласнаго съ истиной или продиктованнаго безчестными мотивами отчета штрафомъ отъ 1000 до 6.000 франковъ, независимо отъ тѣхъ послѣдствій, которыя можетъ повлечь за собой заключающійся въ изложеніи преступный составъ. Въ случаѣ рецидива, а также тогда, когда отчетъ содержалъ въ себѣ что-либо оскорбительное для члена одной изъ палатъ, виновному угрожала, согласно тому же §, тюрьма на срокъ отъ одного мѣсяца до трехъ лѣтъ. Примѣненіе этихъ мѣръ предоставлено было самимъ же палатамъ. Она уполномочена была, по жалобѣ каждаго изъ депутатовъ, вызывать злоумышленника и, выслушавъ его объясненія, присуждать къ той или иной, закономъ предусмотрѣнной, карѣ. Самостоятельная юрисдикція англійскаго парламента явно здѣсь служила для французскаго законодателя образцомъ.

Порядокъ этотъ безъ существенныхъ измѣненій оставался въ силѣ до начала 50-хъ годовъ. Въ эпоху второй имперіи весьма осязательно ограничено было начало публичности. А это тотчасъ же отразилось и на судьбѣ парламентскихъ отчетовъ. Конституціей 1852 г. (§ 42) введена была система оффиціальной парламентской информаціи, съ угрозою штрафомъ въ размѣрѣ отъ 1.000 до 5.000 франковъ за помѣщеніе о трудахъ одной изъ палатъ отчета, который не является простой репродукціей напечатаннаго in extenso въ Правительственномъ Вѣстникѣ или краткихъ извлеченій, составленныхъ подъ редакціей президента каждой палаты, хотя бы опубликованное и было согласно съ истиной и продиктовано добросовѣстными побужденіями. Однако, статья 22-я закона 1819 г. отмѣнена не была. И отчетъ, не защищенный противъ штрафа, покрытъ былъ все же иммунитетомъ, поскольку рѣчь шла о частныхъ или публичныхъ жалобахъ въ связи съ диффамаціей или какихъ-либо другихъ деликтахъ, объективный составъ которыхъ заключался въ опубликованныхъ газетой данныхъ. Эта система оффиціальныхъ отчетовъ пала вмѣстѣ со второй Имперіей.

Дѣйствующее нынѣ право воспроизводитъ въ общемъ принципы, получившіе окончательную формулировку въ 1819 г. Законъ 29 іюля 1881 г. беретъ добросовѣстно составленные отчеты о публичныхъ засѣданіяхъ обѣихъ палатъ подъ защиту противъ всякаго враждебнаго имъ дѣйствія. Признакъ согласія съ истиной закономъ 1881 г. отброшенъ. На томъ основаніи, какъ замѣтилъ

докладчикъ сенатской комиссіи, что въ объективно вѣрномъ отчетѣ нельзя видѣть преступленія, какими бы мотивами онъ продиктованъ ни былъ. Соображеніе это одержало верхъ. И дѣйствующій законъ не требуетъ отъ составителя и распространителя отчетовъ ничего, кромѣ добросовѣстности. Если содержаніе дебатовъ въ корень искажено, но это сдѣлано безъ умысла, скажемъ, потому что газета командировала въ парламентъ сотрудника, совершенно не способнаго справиться со своей задачей, отчетъ, согласно точному смыслу п. 2 ст. 41-й, все же покрытъ иммунитетомъ.

Дѣйствующему праву не извѣстенъ далѣе и штрафъ, угрожавшій по закону 1822 г. составителю и распространителю несогласнаго съ истиной сочиненнаго или напечатаннаго отчета. Искаженіе дѣйствительной физіономіи дебатовъ, какъ явствуетъ изъ предыдущаго, и не можетъ быть сейчасъ караемо. Фактъ же недобросовѣстности влечетъ за собой паденіе иммунитета и, стало быть, отвѣтственность по общему праву.

Но въ какомъ объемѣ защищенъ разсказъ о томъ, что происходило въ засѣданіи одной изъ палатъ? Во Франціи, какъ и въ Англіи, имѣется всегда въ виду „отчетъ“—картина того, что по тому или иному поводу сказано было или вообще имѣло мѣсто въ парламентѣ. Отдѣльная рѣчь, хотя бы она напечатана была и цѣликомъ, иммунитетомъ не защищена. Это явствуетъ не только изъ самаго текста соотвѣтствующихъ статей—ходъ дебатовъ, предшествовавшихъ принятію интересующей насъ нормы, далъ законодателю возможность опредѣленно выразить свою волю въ этомъ направленіи.

Поскольку законъ 1881 г. открыто не отмежевывается отъ своего прототипа, закона 1819 г., онъ непосредственно его копируетъ и притомъ не только въ голомъ текстѣ, но и во внутреннемъ его содержаніи. А когда Бенжамэнъ Констанъ внесъ въ свое время поправку, цѣль которой заключалась въ томъ, чтобы покрыть иммунитетомъ также и опубликованіе отдѣльныхъ рѣчей, докладовъ и другихъ документовъ, исходящихъ отъ парламента, предложеніе это было палатою рѣшительно отклонено. Большинство исходило изъ того, что изолированная рѣчь не заключаетъ въ себѣ никакихъ элементовъ отчета, который воспроизводитъ передъ читателемъ не только аргументы pro, но и доводы contra, преподноситъ аудиторіи не только какое-нибудь опасное ученіе, но также и критику его, благодаря которой оно, возможно, было бы воспринято, какъ нѣчто совершенно смѣхотворное.

Итакъ, отдѣльная рѣчь, хотя и напечатаная по стенограммѣ, не есть отчетъ и защитою, поэтому, не пользуется. Напротивъ, какъ бы кратко ни реферированы были основные моменты парламентской дискуссіи, они защищены иммунитетомъ. Граница обозначена лишь самой его цѣлью. Безотвѣтственность введена pro bono publico. И, ergo, защитою пользуется только то, что дѣйствительно предпринято въ интересахъ общественныхъ. Но условію этому, разумѣется, не отвѣчаетъ тенденціозно ложный, продиктованный безчестными мотивами отчетъ.

На судьбахъ нашего института во Франціи значительно, такимъ образомъ, отразились пережитыя ею въ свое время политическія бури. Въ эпоху великой революціи привилегія безотвѣтственности трактовалась, какъ естественное послѣдствіе привлеченія народа къ участію въ государственной жизни. И въ то время никому, конечно, не пришло бы на умъ сомнѣваться въ правѣ каждаго печатно освѣдомлять страну обо всемъ, что происходитъ въ собраніи ея представителей. Впослѣдствіи пошли всякія оговорки,—окончательно, впрочемъ, моментами отпадавшія,—пока Наполеонъ III не додумался до оффиціальной цензуры парламентскихъ бюллетеней. Въ республиканской Франціи проблема эта быстро введена была въ свои естественныя рамки.

III.

Сильно развитое правовое чувство и значительная подготовленность къ воспріятію конституціонныхъ идей — плодъ относительно широкой свободы университетскаго преподаванія—сгладили острые углы при разрѣшеніи нашего вопроса въ германскихъ странахъ... На протяженіи всей первой четверти XIX-го вѣка нѣмецкая интеллигенція отдавалась романтическимъ мечтамъ о свободѣ. Подъемъ 1813 г. не въ малой мѣрѣ питался надеждами на блага будущаго политическаго строя, блага, о которыхъ въ своей великой нуждѣ стали поговаривать и отдѣльные владыки. Это былъ французскій конституціонализмъ. Начало публичности занимало здѣсь едва ли не самое видное мѣсто. Въ широкой освѣдомленности каждаго гражданина о ходѣ государственныхъ дѣлъ общество усматривало одну изъ основныхъ гарантій представительнаго образа правленія. Общепризнанный въ то время, — я имѣю въ виду 20-е годы, — глава нѣмецкихъ государствовѣдовъ-конституціона-

листовъ Роттекъ писалъ: „Первая и необходимѣйшая форма засѣданій, — если только можно называть формой то, что, по своему значенію и дѣйствію, проникаетъ въ самую глубь существа, — это публичность. Ландтагъ при закрытыхъ дверяхъ равносиленъ отмѣнѣ представительства. Не будучи въ состояніи и не имѣя права давать своимъ представителямъ инструкціи и требовать отъ нихъ отчета, довѣритель-народъ долженъ по крайней мѣрѣ имѣть возможность собственными ушами освѣдомляться относительно вѣрности или предательства своихъ уполномоченныхъ и личнымъ своимъ присутствіемъ побуждать ихъ къ ревностному исполненію долга... И въ свою очередь, честный представитель народа, окруженный соблазнами и опасностями режима, основаннаго на произволѣ, долженъ видѣть въ публичности своей рѣчи правовую защиту для самого себя, поощреніе своей рѣшимости, поддержку своему дѣлу“ [1]).

Но, разъ ставъ на такую точку зрѣнія, конституціонная доктрина должна была уже затѣмъ пойти и дальше. Въ посѣтители засѣданій ландтага могутъ попасть люди, менѣе всего способные судить о политическихъ дѣлахъ. И это будетъ, во всякомъ случаѣ, лишь ничтожнѣйшая часть народа. Какъ же пріобщить къ государственному строительству всю націю? Это можетъ быть, очевидно, достигнуто, только посредствомъ печати. „Все, что происходитъ въ ландтагѣ, — училъ тотъ же Роттекъ—сообщается во всеобщее свѣдѣніе безъ цензуры, безъ всякихъ запретовъ. Стѣны зала раздвигаются, тѣмъ самымъ, до границы государства, больше—до границы всего цивилизованнаго міра“ [2]). Лишь такимъ способомъ можетъ быть осуществлено на практикѣ начало парламентской публичности. И поскольку пресса говоритъ правду, она, очевидно, не должна отвѣчать за самое содержаніе излагаемыхъ ею рѣчей и событій... Идеалъ былъ такъ привлекателенъ. Реализація его такъ далека. Какая же охота думать о грядущихъ злоупотребленіяхъ! Признакъ добросовѣстности отчета нѣмецкою доктриною воспринятъ не былъ.

На практикѣ дѣла публичности обстояли далеко не такъ благополучно. Первыя нѣмецкія конституціи октроированы были тогда, когда властители уже опомнились отъ страха и стремились всяческими способами отбояриться отъ данныхъ ими обѣщаній. Тѣ, что посильнѣе, попросту стали ссылаться на запамятованіе и на свои священныя права. Болѣе слабые ограничились чисто формальными

---

1) Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, B. II, 1828, S. 204.
2) Ibid., S. 205.

дѣйствіями и вводя представительство, не обнаруживали никакой склонности раздѣлить съ нимъ свою власть.

Нѣкоторое отступленіе отъ этой картины наблюдалось на югѣ, особенно въ Баденѣ. Но поскольку отдѣльныя государства и обнаруживали либеральную инициативу, они наталкивались на энергичное противодѣйствіе со стороны центральнаго органа, пріобрѣтавшаго съ каждымъ днемъ все большую и большую силу,—„бундестага". Начало публичности въ такой атмосферѣ не могло процвѣтать. Нѣкоторыя конституціи,—какъ нассауская 1814 г., шварцбургъ-рудольштадская, шаумбургъ-липпская и веймарская 1816 г., саксенъ-гильдбурггаузская 1818 г.—совершенно этотъ принципъ игнорировали. Вальдекская хартія 1816 г. прямо даже говорила о тайнѣ засѣданій своего ландтага, какъ о чемъ то само собой разумѣющемся. Въ Баваріи (1818 г.), Баденѣ (1818 г.) и Вюртембергѣ (1819 г.) начало публичности формально было признано. Но едва только оно стало входить въ жизнь, какъ раздался громкій окрикъ' помѣшавшій сколько-нибудь нормальному развитію этого конституціоннаго принципа. Въ связи съ убійствомъ Коцебу въ Карлсбадѣ собрались на совѣтъ предводительствуемые Австріей охранители. И велика была радость всей честной компаніи, когда сдѣлавшій на этомъ карьеру императорско-королевскій совѣтникъ Ф. Гентцъ предложилъ ея вниманію записку, въ которой, между прочимъ, значилось: „Публичность засѣданій народнаго представительства, доведенная до степени ежедневнаго освѣдомленія обо всемъ содержаніи дебатовъ, является непосредственнымъ шагомъ къ паденію всякаго авторитета и къ гибели общественнаго порядка" Результатъ „карлсбадскихъ постановленій" — „вѣнскій заключительный актъ" 1820 г. — не содержалъ въ себѣ прямого запрета публичности парламентскихъ засѣданій. Но онъ предписывалъ тѣмъ государствамъ, которыя признали это начало, величайшую осторожность, налагая на нихъ обязанность принимать мѣры къ тому, чтобы слишкомъ широкая гласность не причинила вреда ни всему нѣмецкому союзу, ни входящимъ въ составъ его отдѣльнымъ государствамъ.

Не очень щедрыя и до того отдѣльныя правительства, опасаясь за свою репутацію, стали по всей линіи трубить отбой. Снова появились хартіи, какъ кобургъ-готская 1821 г. и мейнингенская 1824 г., съ полнымъ умолчаніемъ о принципѣ публичности засѣданій. Въ Саксенъ-Веймарѣ, гдѣ съ 1819 г. въ ландтагъ допускались посѣтители, вольность эта въ 1823 г. отмѣняется. Ба-

варія издаетъ въ 1825 г. рядъ предупредительныхъ указовъ, сводящихъ фактически гласность засѣданій нижней палаты къ нулю [1]).

Само собой разумѣется, что объ иммунитетѣ парламентскихъ отчетовъ не могло быть въ такой атмосферѣ и рѣчи. Давно уже признанное доктриной начало это осуществлено было лишь въ 1848 г. съ окончательнымъ на всей германской территоріи паденіемъ абсолютизма. И какъ далеко затѣмъ ни простиралось устремленіе назадъ, этого принципа оно за собою увлечь не могло. Публичность вошла въ нравы. Посягательство на нее стало немыслимымъ. Противъ нея считали безполезнымъ спорить и въ теоріи. Наступилъ часъ побѣды, и тѣмъ болѣе прочной, чѣмъ длительнѣе и ожесточеннѣе была предшествующая борьба. Политическая осень въ этомъ отношеніи не обманула. Удалось дѣйствительно собрать весь урожай, на какой только можно было разсчитывать.

Первый шагъ сдѣланъ былъ Пруссіей. Въ эпоху откровеннѣйшей реакціи въ 1851 г. корона не протестовала противъ включенія въ законъ о печати спеціальной статьи, распространявшей на согласные съ дѣйствительностью отчеты исчерпывающій иммунитетъ. § 43 а предложеннаго комиссіей проекта гласилъ: „Отчеты о публичныхъ засѣданіяхъ обѣихъ палатъ, поскольку они составлены согласно съ истиной, свободны отъ всякой отвѣтственности".

Докладчикъ комиссіи по дѣламъ печати, депутатъ Клессенъ, считалъ, повидимому, почву хорошо подготовленной и ограничился только весьма немногими словами. Онъ указалъ, на необходимость оградить составителя и распространителя отчетовъ отъ перспективы уголовнаго преслѣдованія, ссылаясь при этомъ на опытъ другихъ конституціонныхъ государствъ, гдѣ такіе случаи имѣли въ прежнее время мѣсто. Докладчикъ напомнилъ о томъ, что еще не такъ давно англійскіе судьи склонны были привлекать къ отвѣтственности даже и владѣльца парламентской типографіи, если въ напечатанной депутатской рѣчи содержались слова преступнаго содержанія. Для того, чтобы дать отчетамъ надежную защиту, создана была аналогичная практикуемому §-у статья и французскимъ законодателемъ. Докладчикъ не представлялъ себѣ, что можно возразить противъ предлагаемой нормы. И онъ признавалъ ея наличность

[1]) Подробности о развитіи германскаго дореволюціоннаго законодательства у Hubrich'a, Immunität der parlamentarischen Berichterstattung, S. 30—37.

безусловною необходимостью. Ибо иначе парламентскія пренія неизбѣжно, прежде всего, подвергнутся цензурѣ самихъ журналистовъ. Газетный работникъ будетъ судить и рядить о каждой рѣчи, отдѣляя въ ней дозволенное отъ запрещеннаго. Для того, чтобы дѣятельность палаты приносила странѣ пользу, необходимо поставить освѣдомительную работу печати въ наиболѣе благопріятныя условія [1]).

Вся рѣчь по стенографическому отчету занимаетъ 31 строку. И не было, въ самомъ дѣлѣ, нужды тратить много словъ. Палата подошла къ этому вопросу, какъ къ извѣстнаго рода аксіомѣ. Правительственный коммиссаръ слабо возражалъ противъ недостаточно, на его взглядъ, опредѣленной редакціи параграфа. Статья принята была безъ всякихъ измѣненій.

Вялостью законодательнаго аппарата въ реакціонную эпоху слѣдуетъ объяснить невнесеніе аналогичной нормы въ конституціонныя хартіи или спеціальные законы отдѣльныхъ государствъ. Только въ 1862 г. за Пруссіей послѣдовала Австрія. А еще черезъ нѣсколько лѣтъ началось могучее движеніе, въ связи съ которымъ иммунитетъ распространенъ былъ сперва на сѣверо-германскій союзъ, а затѣмъ и на всѣ вообще, объединенныя въ одно цѣлое, нѣмецкія государства.

Съ прочностью и широкою постановкою этого института въ современной Германіи неразрывно связано имя Эдуарда Ласкера. Благодаря его иниціативѣ и проявленной въ ея осуществленіе энергіи, иммунитетъ отчетовъ получилъ надлежащую нормировку въ созданномъ послѣ австро-прусской войны сѣверо-германскомъ союзѣ. По предложенію Ласкера, аналогичная статья внесена затѣмъ, въ интересахъ защиты отчетовъ о засѣданіяхъ отдѣльныхъ палатъ, въ имперскій уголовный кодексъ. И Ласкеръ же вынесъ далѣе на своихъ плечахъ главную тяжесть борьбы съ начавшимся было попятнымъ движеніемъ.

Но какіе доводы положилъ въ основу своей аргументаціи по этому вопросу юристъ-практикъ? Тѣ же самые, что намъ уже извѣстны по первымъ опытамъ отвлеченнаго теоретическаго конституціонализма. „Необходимо прежде всего—говорилъ Ласкеръ въ сѣверо-германскомъ рейхстагѣ,—чтобы тѣ круги, силами которыхъ осуществляются выборы и слагаются парламентскіе организмы,

1) Stenographische Berichte ueber die Verhandlungen der durch die Allerh. Verordn. v. 2 Nov. 1850 einberufenen Kammern. Zweite Kammer, 2-er Band, 1851, S. 1292.

точно освѣдомлены были обо всемъ, что здѣсь происходитъ. Недостаточно того, чтобы содержаніе дебатовъ доступно было отдѣльнымъ частямъ общества. Нѣтъ, именно глубокіе слои народа, опредѣляющіе исходъ выборовъ, должны хорошо знать, какова дѣйствительная позиція отдѣльныхъ депутатовъ, каково поведеніе ихъ и въ чемъ выразилась ихъ роль въ парламентѣ... Если депутатъ занимается здѣсь эксцессами, если онъ растекается въ мятежническихъ словоизверженіяхъ, то пусть это извѣстно станетъ всему народу, дабы человѣкъ этотъ былъ заклейменъ и никогда больше не могъ разсчитывать на переизбраніе" [1]).

Какъ, однако, практически осуществить подобную освѣдомленность: „Это—отвѣчаетъ Ласкеръ,—не достигается тѣмъ, что вы отводите на трибунахъ 128 мѣстъ для публики; и это не достигается вообще личнымъ присутствіемъ постороннихъ. Подлинная гласность возсѣдаетъ исключительно на трибунѣ, гдѣ работаютъ представители прессы. Только благодаря этому вспомогательному средству, вы въ состояніи распространить по всей странѣ точные и согласные съ дѣйствительностью отчеты".

Опираясь на эти аргументы, Ласкеръ предложилъ добавить къ ст. 22-ой предварительнаго конституціоннаго проекта, устанавливавшей начало публичности пленарныхъ засѣданій парламента, слѣдующій абзацъ 2: „Согласные съ дѣйствительностью отчеты о дебатахъ въ публичныхъ засѣданіяхъ рейхстага свободны отъ всякой отвѣтственности".

И самый текстъ статьи и положенная въ ея основу мотивировка свидѣтельствовали о томъ, что Ласкеръ имѣлъ въ виду не случайные моменты преній, а общую картину того, что происходитъ въ засѣданіи парламента. Гораздо дальше шла поправка депутата Аусфельда, который добивался распространенія иммунитета и на отдѣльныя части дебатовъ. Рейхстагъ громаднымъ большинствомъ голосовъ это предложеніе отклонилъ, высказавшись въ пользу формулы Ласкера, юридическія границы которой обозначались, такимъ образомъ, особенно ясно. Въ той же самой редакціи норма эта выражена была затѣмъ въ соотвѣтствующемъ § 22 абз. 2 общегерманской конституціи. И отчеты о засѣданіяхъ ландтаговъ не могутъ явиться поводомъ къ преслѣдованію въ силу статьи 12 уголовнаго кодекса. Имперское законодательство съ полнымъ основаніемъ изъяло

---

[1]) Stenographische Berichte ueber die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1867, S. 440.

эту важную матерію изъ сферы компетенціи отдѣльныхъ государствъ.

Въ лицѣ Бисмарка институтъ нашъ имѣлъ горячаго и убѣжденнаго противника. И рѣчь его въ сѣверо-германскомъ рейхстагѣ, быть можетъ, самое сильное изъ всего, что сказано было когда-либо противъ оффиціально-признаннаго иммунитета. Въ фактической свободѣ опубликованія парламентскихъ рѣчей онъ не усматривалъ опасности: вреда не принесли даже и обстоятельнѣйшіе отчеты о бурныхъ засѣданіяхъ прусской палаты въ эпоху конфликта. Но съ тѣмъ большею энергіей онъ выдвинулъ другой мотивъ: соображенія моральныя. „Есть, заявилъ Бисмаркъ, много вещей, которыя государство можетъ терпѣть—оно ихъ можетъ игнорировать; но совсѣмъ другое дѣло —сообщать имъ законную санкцію. Я отношу сюда и право оскорблять своего согражданина безъ того, чтобы послѣдній могъ добиваться удовлетворенія. Не хочу говорить о словесныхъ деликтахъ; я совсѣмъ не исхожу изъ того, что они будутъ здѣсь учиняться. Но я имѣю въ виду защиту чести каждаго гражданина, ту защиту, которую ему обязанъ дать законъ. Лишить его этой защиты значитъ, по моему,—я это повторяю—пойти противъ нравственности, посягнуть на права человѣка. Я опредѣленно имѣю здѣсь въ виду тѣ права, что провозглашены были въ 1791 г. во Франціи и вошли затѣмъ въ республиканскую конституцію. Относительно принадлежащей каждому свободы мнѣній тамъ категорически сказано, что она заключается въ правѣ дѣлать все, не причиняющее вреда кому-либо другому. Законодательство другихъ странъ, даже наиболѣе свободныхъ, охраняетъ, во всякомъ случаѣ, частную честь... Эти мотивы, эта потребность сохранить за каждымъ его человѣческое право на защиту противъ оскорбленій, руководятъ мною, когда я теперь, какъ и прежде, возстаю противъ того, чтобы законъ санкціонировалъ опубликованіе рѣчей, затрагивающихъ частную честь“.

Дальнѣйшіе аргументы Бисмарка обнаружили, что онъ не вполнѣ точно информированъ былъ относительно положенія этого вопроса за границей. Примѣръ изъ американскаго права, на которое канцлеръ ссылался, свидѣтельствовалъ лишь, что отчетъ объ отдѣльной депутатской рѣчи не покрывается тамъ иммунитетомъ, чего, какъ извѣстно, не добивался также и слѣдовавшій за Ласкеромъ рейхстагъ. Указаніе на „Fall Hansart“, когда владѣлецъ типографіи привлеченъ былъ къ отвѣтственности за напечатанный имъ, по непосредственному порученію самого парламента, оскорбительный для частнаго лица

документъ,—явилось запоздалымъ въ виду изданнаго вслѣдъ затѣмъ (въ 1840 г.) закона, цѣль котораго заключалась именно въ томъ, чтобы сдѣлать невозможнымъ повтореніе подобныхъ случаевъ въ будущемъ. Но сила аргументаціи Бисмарка не заключалась въ чисто-юридическихъ доводахъ. И не слабость ихъ, конечно, вынудила его отказаться отъ своей позиціи. Бисмаркъ горячо всегда отстаивалъ свои взгляды. Но онъ въ то же время совсѣмъ не склоненъ былъ превращать каждое серьезное расхожденіе въ casus belli. И канцлеръ пошелъ на уступки, какъ онъ примирился еще и съ очень многимъ другимъ въ союзной конституціи, понимая, что „молодые и чувствительные всходы нѣмецкаго единства должны быть всяческими средствами и во всѣхъ направленіяхъ ограждаемы“... Обычная тактика великихъ мастеровъ, охотно всегда жертвующихъ меньшимъ ради большаго.

Впослѣдствіи, когда Бисмаркъ поднялъ вопросъ о необходимости предоставить органамъ юстиціи возможность бороться съ эксцессами недобросовѣстности въ этой области, его энергично поддержалъ въ рейхстагѣ Рудольфъ Гнейстъ. Знаменитый государствовѣдъ менѣе всего, разумѣется, былъ врагомъ свободы печатнаго слова и очень хорошо сознавалъ роль прессы въ дѣлѣ освѣдомленія о событіяхъ парламентской жизни. Но онъ слишкомъ сжился съ англійскими политическими нравами и учрежденіями для того, чтобы отдавать себѣ достаточно ясный отчетъ въ опасности тамошнихъ рецептовъ на всякой инородной почвѣ.

„Мы вынуждены, — констатировалъ Гнейстъ въ своей извѣстной рѣчи по поводу такъ называемаго „законопроекта о наморднике“,—оправдывать каждаго частнаго референта, даже и въ томъ случаѣ, когда судьи, присяжные и шеффены въ одинъ голосъ заявили: эта категорія отчетовъ предпринята не pro bono publico, цѣль ея не заключается въ томъ, чтобы ознакомить общество съ содержаніемъ дебатовъ, мы всѣ убѣждены, что здѣсь на-лицо нескрываемая цѣль оклеветать, дать пищу скандалу“ [1]). Англійская судебная практика защищаетъ, напротивъ, только репортера, работающаго во имя общественной пользы, составляющаго отчеты bona fide. И Гнейстъ увѣренъ былъ, что, не дѣлая для этой матеріи никакихъ правовыхъ изъятій, нѣмецкій законодатель добился бы того же самаго и въ Германіи.

---

[1]) Stenographische Berichte ueber die Verhandlungen des deutschen Reichstages, 4-e Legislaturperiode, II Session 1879, B. I, S. 316.

Парламентское большинство, однако, разсуждало иначе. Maulkorbgesetzentwurf отправленъ былъ въ корзину. Ни общая напряженность политическаго положенія, (дѣло происходило въ 1879 г.), ни страстныя домогательства Бисмарка, ни въ частности готовность идти противъ соціалъ-демократіи, въ которую проектъ прежде всего мѣтилъ, — ничто не въ силахъ было склонить рейхстагъ къ отказу отъ занятой имъ въ этомъ жизненномъ вопросѣ позиціи.

IV.

Опытъ трехъ государствъ, гдѣ въ различномъ порядкѣ сложились различные типы иммунитета, свидѣтельствуетъ, что это изъятіе изъ общаго права неизмѣнно всегда мыслилось въ тѣсной логической связи съ принципомъ публичности парламентскихъ засѣданій. Соотвѣтствующій взглядъ господствуетъ сейчасъ и въ доктринѣ [1]).

Въ литературѣ были, однако, и попытки вывести иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ изъ другого начала. Я имѣю здѣсь, главнымъ образомъ, въ виду извѣстную работу Цахаріэ: „Sind die Mitglieder in den Kammern für ihre Aeusserungen verantwortlich“ [2]). Привожу это заглавіе, какъ до извѣстной степени предопредѣляющее способъ подхода къ нашему вопросу. Источникъ института авторъ усматриваетъ именно въ принципѣ безотвѣтственности народныхъ представителей. „Если члены одной или другой палаты—разсуждалъ Цахаріэ—не подлежатъ суду за высказываемые ими взгляды, то... не долженъ также отвѣчать и тотъ, кто эти слова, въ качествѣ выраженныхъ въ парламентѣ мнѣній, добросовѣстно и не расходясь съ истиной, повторяетъ, какъ въ произведеніяхъ печати, такъ и всякимъ инымъ способомъ — разумѣется, однако, въ томъ только случаѣ, если засѣданія палаты публичны и на-лицо нѣтъ какого-либо спеціальнаго запрета слышать то, что тамъ происходило. Если отсутствуетъ хотя бы только одно изъ этихъ условій, то повторяющій такія выраженія не можетъ ссылаться на безотвѣтственность ихъ автора. Вопросъ разрѣшается такъ по слѣдующему основанію: то, что говорится въ публичныхъ засѣданіяхъ общественнаго учрежденія, правда, не всюду можетъ, но всюду должно быть услышаннымъ. Тотъ, кто сказанное, именно,

---

1) См. особенно H u b r i c h, Parlamentarische Disziplin und Redefreiheit, послѣдняя глава.

2) Archiv für civilistische Praxis, 1834.

какъ таковое, добросовѣстно и честно (treu und redlich) повторяетъ, есть только пособникъ и одновременно эхо того, кто говоритъ. И разъ ораторъ уполномоченъ былъ сказать то, что онъ сказалъ, то здѣсь отсутствуетъ и самый противоправный поступокъ, которому другое лицо имѣло бы возможность помогать или содѣйствовать".

Мы видимъ, какъ въ этомъ разсужденіи искусственно сплетаются все время два момента, совершенно въ дѣйствительности одинъ другому чуждые. Отсюда и всѣ ошибки аргументаціи Цахаріэ... Во-1-хъ, и слово самихъ народныхъ представителей защищено иммунитетомъ лишь постольку, поскольку оно произнесено въ парламентѣ. Депутату не даромъ же порою предлагаютъ выказать мужество, повторивъ свои обвиненія внѣ законодательной палаты. Во 2-хъ, не является также безусловно рѣшеннымъ и вопросъ о невозможности наказуемаго пособничества допущеннымъ съ парламентской трибуны, объективно преступнымъ словеснымъ эксцессамъ. Наконецъ, и это самое главное, самостоятельный характеръ обоихъ иммунитетовъ ярко оттѣняется фактомъ недопустимости уголовнаго преслѣдованія и въ томъ случаѣ, когда отчетъ воспроизводитъ въ общей связи преступныя слова не охраненныхъ безотвѣтственностью участниковъ парламентскаго турнира, каковыми являются, какъ извѣстно, всѣ министры. За произнесенныя въ палатѣ слова представители администраціи могутъ быть привлечены къ суду. И Бисмаркъ какъ-то замѣтилъ въ рейхстагѣ, что, узнавъ объ этомъ отъ правительственныхъ юрисконсультовъ, онъ сталъ соблюдать затѣмъ въ своихъ парламентскихъ рѣчахъ безконечно большую осмотрительность и сдержанность.

Въ этомъ послѣднемъ случаѣ мы сталкиваемся съ безусловной юридической аномаліей, ссылка на которую выдвигается уже отчасти, какъ нѣкоторый аргументъ противъ самой допустимости иммунитета [1]). Распространитель преступленія, т. е. тотъ, кто въ формѣ отчета спокойно и обдуманно разсѣиваетъ запрещенныя подъ страхомъ уголовной кары слова по всей странѣ, не подлежитъ отвѣтственности—непосредственно матеріализовавшійся въ произведеніи печати деликтъ защищенъ отъ объективнаго производства; а самъ ораторъ, пылъ котораго такъ легко можетъ быть объясненъ условіями парламентской работы, отдается во власть карательной юстиціи.

[1]) См. особенно Heinze, Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen und die Aufgabe der Reichsgesetzgebung, 1879, S. 10, и рѣчь Бисмарка. Stenogrannische Berichte 1879, S. 270,

Несоотвѣтствіе это отличается, конечно, чисто теоретическимъ характеромъ. Не только Бисмаркъ, но и всякій зауряд-министръ можетъ спокойно слѣдовать голосу своего темперамента. Относительно выступающихъ въ законодательной палатѣ представителей власти, какъ и скажемъ, относительно сторонъ въ уголовномъ процессѣ, судъ всегда признаетъ отсутствіе умысла нанести оскорбленіе или совершить какой-либо деликтъ. Словесныя излишества всегда трактуются здѣсь, какъ нѣчто почти неизбѣжное. Если бы это было иначе, чуть не каждое судебное разбирательство влекло бы за собою обвиненіе противъ прокуроровъ и защитниковъ. Въ частности, по германскому праву всѣ названныя лица дѣйствуютъ въ осуществленіе своего обоснованнаго интереса и уже въ силу этого не подлежатъ уголовной отвѣтственности.

Но теоретическое противорѣчіе неустранимо и его приходится volens-nolens брать въ придачу. Заключать же отъ этой отвлеченной дисгармоніи къ непріемлемости самаго института значило бы принести глубокій жизненный интересъ въ жертву постулату чисто-доктринальной послѣдовательности.

Въ дѣйствительности, разумѣется, эти рѣшительные выводы диктовались другими причинами. И Гнейстъ, и Биндингъ, и Гейнце,— послѣдній съ особенною настойчивостью подчеркивалъ разсмотрѣнный нами сейчасъ аргументъ—находились во власти сильнѣйшихъ психологическихъ двигателей, едва-ли сами сознавая это. Во главѣ правительства стоялъ Бисмаркъ, человѣкъ, на котораго въ то время молилась вся интеллигентная Германія. Онъ былъ рѣшительнымъ противникомъ этой формы иммунитета. И то, что отвлеченно-юридически указанный порядокъ, не защищая самаго канцлера, ограждалъ въ то же время любого „репортеришку", — объ интересахъ печати въ пылу увлеченія не думали,—являлось здѣсь достаточно сильнымъ мотивомъ для того, чтобы разъ навсегда отрицательно отнестись къ нашему институту. Гнѣвный тонъ, въ которомъ эти прекрасные и привыкшіе къ строгой дисциплинѣ юристы разсматривали занимающую насъ проблему, свидѣтельствуетъ о томъ, что они подошли къ ней далеко не съ однимъ только правовымъ критеріемъ.

V.

Но мы должны вернуться къ вопросу объ источникѣ этого вида безотвѣтственности. За тѣми, кто настаиваетъ на монизмѣ иммунитета, утверждая, что безотвѣтственность въ обоихъ случаяхъ

*

одна и та же, съ извѣстнаго рода первенствомъ на сторонѣ парламента, отъ щедротъ котораго питаются и лица, освѣдомляющія объ его трудахъ,—мы правоты не признаемъ. Исходное начало, какъ объ этомъ уже не разъ говорилось, здѣсь совсѣмъ иное. Оно опредѣляетъ и самый характеръ этой исключительной нормы, и тѣ признаки, которыми обусловливается ея вступленіе въ дѣйствіе, и, наконецъ, ея естественныя границы.

Цѣль института—реализація принципа публичности, установленіе постоянной и надежной связи между парламентомъ и народомъ. Это мнѣніе безусловно сейчасъ является преобладающимъ. Такъ, между прочимъ, смотритъ на дѣйствующее право и Биндингъ. Самый иммунитетъ отчетовъ онъ трактуетъ, какъ извѣстнаго рода привилегію и, спрашивая затѣмъ, кому она идетъ во благо, отвѣчаетъ: „Это безусловно 1) не привилегія парламента..; 2) это далѣе не привилегія публики, которая вправѣ была бы требовать отъ кого-либо отчетовъ и притомъ еще достовѣрныхъ и полныхъ, это скорѣе 3) только привилегія составителя и распространителя отчетовъ, созданная въ интересахъ свободнаго взаимообмѣна между народомъ, сорганизованнымъ въ парламентѣ, и народомъ, внѣ его находящимся“ [1]). О привилегіи говорятъ и многіе другіе авторы, какъ Гнейстъ, Фульдъ, Клепель, Листъ, Сладецеккъ.

Но въ какомъ смыслѣ мы, обыкновенно, беремъ это понятіе? Привилегія есть то, что дѣлается въ интересахъ лица или учрежденія, для котораго извѣстный особый порядокъ установленъ. Взятый такъ иммунитетъ достовѣрныхъ парламентскихъ отчетовъ ни въ коемъ случаѣ не привилегія печати. Ибо движущій мотивъ здѣсь совсѣмъ не въ томъ, чтобы обезпечить газетному сотруднику безотвѣтственность, а въ томъ, чтобы создать условія для надежной реализаціи предоставленнаго каждому гражданину въ отдѣльности и всему народу вмѣстѣ права знать, что происходитъ въ парламентѣ. Этимъ не только осуществляется начало участія націи въ управленіи государственными дѣлами, но и дается еще непосредственнымъ избирателямъ возможность исправить такую ошибку, какъ надѣленіе довѣріемъ людей недостойныхъ.

Привилегированнымъ являлось нѣкогда въ Англіи положеніе, по которому никто, кромѣ самого парламента, не въ правѣ былъ печатать отчетовъ объ его трудахъ. И чѣмъ болѣе рѣзко порядокъ

---

[1]) Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 684.

этотъ расходился съ жизнью, тѣмъ ярче выступалъ наружу характеръ его, какъ извѣстной привилегіи. Но привилегіей не можетъ быть названо то, что вытекаетъ изъ самой природы вещей. А сюда, несомнѣнно, относится, при условіи публичности парламентскихъ засѣданій, иммунитетъ согласныхъ съ истиной отчетовъ.

Можно ли говорить о привилегіи хирурга не быть наказаннымъ за произведенную добросовѣстно и съ соблюденіемъ установленныхъ наукой правилъ операцію? Или о привилегіи судьи не быть привлеченнымъ къ отвѣтственности за то, что онъ допустилъ,—разумѣется, bona fide—осужденіе невиннаго? Или о привилегіи полководца, не остановившагося въ сраженіи передъ человѣческими жертвами, которыхъ, согласно объективному послѣдующему анализу, можно было бы избѣжать? Допуская оперативное вмѣшательство,—запрещены же, напримѣръ, извѣстные виды лѣченія,—санкціонируя порядокъ, по которому одни люди судятъ другихъ, подготовляя и организуя войны, государство должно уже далѣе сдѣлать естественный выводъ изъ этихъ предпосылокъ и, считаясь съ опредѣленными свойствами человѣческой натуры, отказаться отъ криминализаціи цѣлаго ряда дѣйствій, даже принадлежащихъ, по внутренней своей структурѣ, къ разряду такъ называемыхъ вѣчныхъ преступленій. Право насильственнаго лишенія жизни въ бою не привилегія солдата, а естественный выводъ изъ института войны. И точно такъ же, какъ солдату, въ видахъ государственной пользы,—того, что признается въ данный моментъ пользой,—разрѣшено лишать жизни себѣ подобныхъ, хотя цѣль войны совсѣмъ не убійство, и, напримѣръ, насиліе надъ добровольно сдающимся непріятелемъ есть тяжелое воинское преступленіе, такъ и журналистъ, воспроизводя картину парламентскихъ преній, можетъ включать безнаказанно въ свой отчетъ и такія слова, что, произнесенныя другимъ лицомъ и въ другомъ мѣстѣ, являлись бы преступными.

Добросовѣстность—вотъ единственно, ограничивающій журналиста признакъ. За этой чертой начинается дѣйствительно привилегія. Но наличность заботы о bona fides должна презюмироваться, какъ она предполагается, напримѣръ, въ дѣйствіяхъ судьи, чиновника, врача и т. д. Не журналистъ обязанъ доказывать свою добросовѣстность, а прокуратура должна обосновать обратное утвержденіе, наличность какой-либо посторонней цѣли. И, во всякомъ случаѣ, было бы нелѣпо карать журналиста за то, что онъ достовѣрно излагаетъ факты, которые, безъ его содѣйствія, не-

избѣжно передавались бы изъ устъ въ уста въ совершенно искаженномъ видѣ.

Мы не имѣемъ, такимъ образомъ, дѣла съ привилегіей [1]). И это необходимо установить, такъ какъ вмѣстѣ съ означенною предпосылкою отпадаютъ и нѣкоторые полемическіе аргументы противъ самого иммунитета. Нельзя будетъ больше говорить о „привилегіи преимущественно ко благу профессіональныхъ клеветниковъ“, какъ это повторяютъ многіе вслѣдъ за Рудольфомъ Гнейстомъ. И нельзя будетъ, тѣмъ болѣе, какъ это дѣлаетъ Биндингъ, говорить о непостижимѣйшей привилегіи размноженія въ милліонахъ экземпляровъ пущенной кѣмъ-либо клеветы. Законодатель никому здѣсь не оказываетъ покровительства. Онъ лишь видитъ себя вынужденнымъ мириться и въ этомъ случаѣ съ отрицательными сопровождающими явленіями санкціонируемаго во имя извѣстной благой цѣли порядка. Не попустительство здѣсь, стало быть, а необходимость!

VI.

Исходя изъ того же взгляда на задачи института, мы опредѣляемъ и признаки, которымъ долженъ удовлетворять отчетъ для того, чтобы содержащіяся въ немъ объективно преступныя слова не могли явиться поводомъ для привлеченія къ отвѣтственности въ уголовномъ или какомъ-либо иномъ порядкѣ. Мы требуемъ достовѣрности, согласія съ истиной, такъ какъ иначе совершенно не достигнута была бы цѣль, ради которой установлено защищаемое нами изъятіе изъ общаго права. И мы должны также въ идеѣ требовать добросовѣстности, такъ какъ иначе институту нашему угрожала бы постоянная опасность быть использованнымъ въ цѣляхъ низменной личной борьбы. Иммунитетомъ могутъ здѣсь быть, очевидно, защищены только дѣйствія, предпринятыя bona fide. И такое именно положеніе установилось, какъ мы знаемъ, de facto въ Англіи и de jure во Франціи, гдѣ дѣйствующее нынѣ право неосторожно, однако, опускаетъ моментъ согласія съ истиной.

---

[1]) Ср. Bar, Gesetz und Schuld, I, S. 264; Hubrich, Immunität u. s. w., S. 29—30; Gneist, Stenographische Berichte, 1879, S. 316; Fuld, Annalen des Deutschen Reiches, 1887, S. 254; Klöppel, Das Reichspressrecht, 1894, S. 337; Sladecek, Liszt's Zeitschrift, B. 16, S. 130.

Иначе обстоитъ дѣло въ Германіи. Начиная съ 1851 г., когда впервые формально признанъ былъ здѣсь этотъ видъ иммунитета, и до нашихъ дней законъ ограничивается однимъ только признакомъ объективно правильной передачи событій. Попытки ввести въ соотвѣтствующую статью указаніе на добросовѣстность встрѣчаютъ въ рейхстагѣ неизмѣнный отпоръ. И, вникая въ причины этого противодѣйствія, мы убѣждаемся въ полной его обоснованности. Достаточно вспомнить о томъ, какія неоцѣнимыя услуги оказалъ Пруссіи въ эпоху конфликта,—когда въ угарѣ страстей поколебалась испытанная стойкость нѣмецкаго правосудія,—этотъ принципъ абсолютнаго иммунитета достовѣрныхъ и только достовѣрныхъ парламентскихъ отчетовъ!

Споръ о включеніи признака добросовѣстности, по природѣ своей чрезвычайно расплывчатаго и относительнаго, въ самый текстъ закона не можетъ быть правильно разрѣшенъ въ чисто логическомъ порядкѣ. И здѣсь легко себѣ представить такіе, добытые опытомъ жизни, контръ-доводы, что, брошенные на чашку вѣсовъ, они значительно перетянули бы аргументы въ пользу этого требованія.

Практически, прежде всего, опасность совсѣмъ ужъ не такъ велика, какъ это стараются представить друзья равной обязательности обоихъ признаковъ... Представьте себѣ, говорятъ они вслѣдъ за Гнейстомъ, что кто-либо, желая окомпрометировать своихъ дѣловыхъ или иныхъ враговъ, сообщаетъ какому-нибудь неосторожному депутату позорящія ихъ репутацію завѣдомо ложныя свѣдѣнія, а инспирируемая клеветникомъ газета, зная о подкладкѣ этого „разоблаченія", печатаетъ на самомъ видномъ мѣстѣ произнесенныя съ парламентской трибуны слова и заботится дальше о томъ, чтобы номеръ возможно глубже проникъ въ мѣстные общественные круги... Кто выиграетъ отъ того, что эта низменная цѣль окажется подъ покровительствомъ и конституціи, и уголовнаго закона?

Возможность такого злоупотребленія, очевидно, не исключена. Но имѣются, къ счастью, способы бороться съ нею въ самомъ же парламентѣ. Пусть прежде всего обрушиться на легкомысленнаго депутата вся моральная отвѣтственность. Въ каждомъ законодательномъ собраніи найдутся люди, которые сочтутъ содѣйствіе подобному эффекту долгомъ чести для себя. Пусть далѣе съ той же высокой трибуны заклеймена будетъ согласившаяся на столь неблаговидную роль газета. Вся честная печать воспроизведетъ со-

отвѣтствующее мѣсто стенограммы, и разбойникамъ пера воздано будетъ за ихъ мерзость сторицею. Пусть, наконецъ, понесетъ кару самъ клеветникъ, если его удастся обнаружить... Перспективы, которыми, при недостаточномъ развитіи общественности, угрожалъ бы порядокъ разслѣдованія мотивовъ публикаціи, во всякомъ случаѣ внушаютъ безконечно большую тревогу.

Противъ наиболѣе серьезнаго изъ опасеній, выставленныхъ противниками нѣмецкой формулы, — къ числу которыхъ принадлежитъ и столь дружественный вообще нашему институту Губрихъ,— имѣется къ тому же достаточное противоядіе въ самомъ понятіи отчета... Можно, вѣдь, говорятъ они, представить себѣ и такой случай, когда злостный рефератъ будетъ распространяться заинтересованными людьми на протяженіи недѣль и мѣсяцевъ послѣ того, какъ имѣли мѣсто недобросовѣстно использованные парламентскіе дебаты. Но совершенно вѣрно указываетъ по этому поводу проф. ф.-Баръ, что самое возвращеніе къ извѣстной темѣ тогда, когда парламентъ уже занятъ другимъ дѣломъ, заставляетъ, — покуда не доказано обратное, — трактовать и вполнѣ объективную передачу событій, не какъ отчетъ[1]). Англійскій законъ, напримѣръ, опредѣленно требуетъ, чтобы рефератъ о гласныхъ засѣданіяхъ суда опубликованъ былъ своевременно[2]). Только при этомъ условіи, онъ, какъ составленный въ освѣдомительныхъ цѣляхъ, и покрывается иммунитетомъ. Грубѣйшія формы недобросовѣстности не могутъ быть, стало быть, уложены въ рамки согласнаго съ истиной отчета. Почти неизбѣжная именно въ такихъ случаяхъ субъективная окраска переноситъ весь вопросъ въ плоскость общаго права. Если же это не отчетъ, а что-либо другое, то референту не идетъ на пользу даже и буквальное совпаденіе его „работы“ съ утвержденной стенограммой.

Защитники дѣйствующаго нѣмецкаго порядка очень хорошо знаютъ, что у него есть своя уязвимая сторона. Но, выбирая между нею и слабой защищенностью того института, въ пользѣ котораго именно нѣмецкія страны неоднократно имѣли возможность убѣдиться, осторожные юристы и политики пріемлютъ, скрѣпя сердце, этотъ дефектъ. Они помнятъ, что германская юстиція все-таки сейчасъ небезупречна, что обострившіяся соціальныя про-

---

1) Ibid, S. 263—264.

2) Ср. относительно Франціи баронъ С. А. Корфъ, Право опубликованія парламентскихъ отчетовъ, 1911, стр. 16.

тиворѣчія, пусть и на-время, однако все же вовлекли ее въ свой кругъ, что отдѣльные вердикты неоднократно за послѣдніе годы вызывали въ странѣ чувство острой тревоги. Если суду предоставлено будетъ разбираться въ мотивахъ, по которымъ газета опубликовала въ томъ или иномъ видѣ парламентскій отчетъ, то возникаетъ весьма серьезная опасность, что свѣтъ и тѣни далеко неравномѣрно распредѣлятся между печатными органами различныхъ политико-общественныхъ группъ. Рѣчь даже не идетъ здѣсь о прямой тенденціи. По поведеніе „своего человѣка", каждый, естественно, склоненъ толковать иначе, чѣмъ поступки неизвѣстнаго, а иногда и a priori ненавистнаго ему чужого. Старая исторія: „Wenn zwei dasselbe thun, ist das nicht dasselbe".

Въ Германіи еще имѣлось затѣмъ въ виду подчинить отчеты детальной цензурѣ самого парламента. Рейхстагъ долженъ былъ бы— согласно § 4-му законопроекта 1879 г.—самъ рѣшать вопросъ о неподлежащихъ публикаціи мѣстахъ, и нарушеніе этого запрета влекло бы за собою спеціально установленную кару. Выдвигалось и другое средство: исключать изъ отчетовъ слова, по поводу которыхъ ораторъ призванъ былъ къ порядку... Присутствіе на трибунѣ тѣхъ „постороннихъ", что въ свое время внушали такой страхъ англійскимъ палатамъ, дѣлаетъ всѣ подобныя ограниченія безцѣльными, не говоря уже о томъ, что они плачевно отразились бы на чистотѣ парламентскихъ нравовъ.

Къ счастью для Германіи, рейхстагъ въ этой области непреклоненъ. И осторожность прусско-нѣмецкой системы остается по сію пору непревзойденной. Къ отчету предъявляется только одно требованіе — правильная передача событій. Но и этотъ критерій долженъ быть понимаемъ лишь относительно. Масштабомъ служитъ то, что вообще по силамъ среднему добросовѣстному информатору.

VII.

Предыдущее подготовило почву и для отвѣта на вопросъ о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ понятіемъ „согласнаго съ истиной отчета". Въ теоріи имѣются попытки освѣтить этотъ вопросъ съ различнѣйшихъ сторонъ. Проводится извѣстное отношеніе между достовѣрностью и полнотой отчета. Говорится о равномѣрности въ сокращеніяхъ. Формулируются обязательные признаки согласнаго съ дѣйствительностью реферата о парламентскихъ преніяхъ, какъ реплики на выпады, призывы къ порядку, результаты голосованія и

т. д. Предусматриваются и разрѣшаются въ опредѣленномъ смыслѣ такіе казусы, какъ „отчетъ“ въ перемежку съ замѣчаніями самого репортера или самостоятельная статья, въ которую вкраплены отрывки изъ произнесенныхъ въ парламентѣ рѣчей. Обсуждается вопросъ о томъ, долженъ ли отчетъ всегда обнимать цѣлое парламентское засѣданіе.

Только послѣдній изъ приведенныхъ примѣровъ поддается готовому разрѣшенію, согласно буквѣ самого закона. Такъ, дѣйствующее германское право говоритъ, въ противоположность прусскому, не о „засѣданіяхъ“, а о „преніяхъ“, изъ чего вполнѣ основательно дѣлается выводъ, что § 22 абз. 2 имперской конституціи, какъ и статья 12 союзнаго уголовнаго кодекса, устанавливаютъ не хронологическій, а чисто предметный признакъ. Отчетъ долженъ дать общую картину дебатовъ по извѣстному вопросу, независимо отъ того, обсуждался ли онъ на протяженіи нѣсколькихъ дней, часовъ или минутъ. Если рѣчь какого-нибудь словоохотливаго или занимающагося обструкціей депутата растянется на цѣлое засѣданіе, (примѣръ довольно частый въ практикѣ австрійскаго рейхстрата), то органъ печати, прореферировавшій ее, обязанъ привести въ ближайшемъ номерѣ и послѣдовавшія возраженія.

Такъ разрѣшается казусъ принципіально. Иначе бываетъ на практикѣ. Въ частности именно тамъ, гдѣ вопросъ этотъ постоянно актуаленъ, въ Австріи, кассаціонный судъ неуклонно держится, по крайней мѣрѣ до сравнительно недавняго времени держался, того взгляда, что на рѣчь, цѣликомъ и буквально воспроизведенную въ органѣ печати по стенограммѣ, во всякомъ случаѣ, распространяется иммунитетъ.

Такая интерпретація вызываетъ справедливыя нареканія. И ее слѣдуетъ отвергнуть независимо отъ вопроса о тѣхъ вредныхъ послѣдствіяхъ, которыя она въ томъ или иномъ государствѣ за собою влечетъ [1]). Отчетъ, по самой идеѣ своей, предполагаетъ совокупность извѣстныхъ аргументовъ за и противъ. Защищено иммунитетомъ не то, что говоритъ каждый депутатъ, какъ таковой, а

---

[1]) Сознаніемъ несостоятельности австрійскаго порядка продиктованъ законопроектъ 1902 г. „Согласно § 32, привилегія иммунитета не распространяется на воспроизведеніе—частичное или интегральное—произведенія печати, подвергшагося конфискаціи, если только наложившее арестъ учрежденіе признало, что извлеченіе изъ этого произведенія не подлежитъ опубликованію“. Л. Шалландъ, Иммунитетъ народныхъ представителей, т. II, стр. 347.

то, что происходитъ въ парламентѣ. Вырванная изъ общей связи отдѣльная рѣчь можетъ дать объ этомъ совершенно искаженное представленіе. И признакъ ея тождества со стенограммой долженъ быть отброшенъ, какъ безразличный для сужденія о достовѣрности. Изъ стенограммы могутъ исчезнуть слова, дѣйствительно произнесенныя. Воспроизводя ихъ, органъ печати остается въ естественныхъ границахъ отчета. Привлеченный къ отвѣтственности, редакторъ можетъ доказывать на судѣ правоту своего референта, оспаривая, при помощи свидѣтельскихъ показаній, достовѣрность офиціальной стенограммы. Печать всегда добивалась эмансипаціи отъ всякаго посредничества между нею и парламентомъ. И слѣдуетъ избѣгать всего, что такъ или иначе расходится съ этимъ требованіемъ. Какъ таковыя, слова отдѣльнаго депутата, воспроизведенныя внѣ законодательнаго собранія, иммунитетомъ не защищены. И только въ силу извѣстныхъ конкретныхъ обстоятельствъ, когда разбираемая рѣчь стояла, напримѣръ, совсѣмъ особнякомъ, не включала въ себѣ отвѣта на доводы предыдущихъ ораторовъ и не вызвала возраженія со стороны послѣдующихъ, она не можетъ явиться поводомъ для какой-либо правовой реакціи.

Всѣ остальные вопросы могутъ быть разрѣшены только практикой. A priori нельзя установить ни одного изъ тѣхъ признаковъ, наличностью которыхъ удостовѣрялось бы согласіе отчета съ дѣйствительностью. И нельзя, обратно, сказать, что отчетъ, лишенный какого-либо изъ этихъ признаковъ или всей суммы ихъ, обязательно является недостовѣрнымъ. Вопросъ долженъ быть здѣсь рѣшаемъ всегда отъ случая къ случаю, по совокупности всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Только надо твердо помнить, что защитою пользуется общая картина дебатовъ, но никакъ не „освѣщеніе". И это въ сущности единственный критерій. Можно себѣ представить „передовую статью", вполнѣ покрываемую понятіемъ парламентскаго отчета, и напротивъ, информацію изъ залы засѣданія подъ заголовкомъ „Государственная Дума" или „Государственный Совѣтъ", пересыпанную такою репортерской отсебятиной, при наличности которой изложеніе опредѣленно перестаетъ быть отчетомъ. Все здѣсь зависитъ отъ того, что рефератъ фактически даетъ. А будетъ ли онъ составленъ путемъ выдержекъ изъ стенограммы или своими словами, со включеніемъ такъ называемыхъ „инцидентовъ" или безъ нихъ, въ прозѣ или въ стихахъ, это юридически безразлично. И надо только отказаться отъ мысли о зафиксированіи какого-либо изъ перечисленныхъ признаковъ въ текстѣ закона или въ касса-

ціонныхъ рѣшеніяхъ. Это безъ нужды лишь связывало бы судью, не давая въ то же время странѣ никакой компенсаціи въ смыслѣ правовыхъ гарантій. Нельзя предусмотрѣть всего разнообразія жизни, особенно въ такомъ дѣлѣ, какъ работа парламента. Важное или существенное вообще перестаетъ быть таковымъ въ отдѣльномъ случаѣ. Это вопросъ факта, а не права.

VIII.

Переходя къ русскому праву, мы констатируемъ здѣсь прежде всего отсутствіе особой нормы, что expressis verbis покрывала бы иммунитетомъ какую-либо форму парламентскихъ отчетовъ. Но законодательствомъ нашимъ опредѣленно признается начало публичности. А ст. 45 учр. гос. думы (какъ и параллельная ей ст. 41 учр. гос. совѣта) касается затѣмъ и спеціально интересующаго насъ вопроса. Статьи эти гласятъ: „Отчеты о всѣхъ засѣданіяхъ общаго собранія государственной думы составляются присяжными стенографами и по одобреніи предсѣдателемъ думы допускаются къ оглашенію въ печати, кромѣ отчетовъ о закрытыхъ засѣданіяхъ“.

Косвенное признаніе иммунитета содержится несомнѣнно и въ этой статьѣ. Ибо на предсѣдателя государственной думы или на какой-либо другой парламентскій органъ нигдѣ не возложена обязанность вытравлять изъ отчета слова, заключающія въ себѣ объективный составъ того или иного деликта. Стало быть, имѣлось въ виду, что будутъ воспроизводиться, между прочимъ, и выраженія объективно преступныя. И если бы ст. 45 не должна была именно съ указанной стороны оградить печатное слово, она представлялась бы совершенно излишней. Не говорить же въ самомъ дѣлѣ о томъ, что незапрещенное вообще допустимо и тогда, когда рѣчь идетъ объ изложеніи дебатовъ, имѣвшихъ мѣсто въ государственной думѣ или государственномъ совѣтѣ.

Но, спрашивается, каковы границы санкціонируемой нашимъ закономъ безотвѣтственности? Изъ того, что этотъ вопросъ вообще возникаетъ, ясно, что, хотя иммунитетъ согласныхъ съ истиной отчетовъ и не привилегія, а такъ-сказать естественное право, онъ долженъ быть все же опредѣленно формулированъ въ законѣ. Роскошь отсутствія такой нормы можетъ позволить себѣ Англія. У насъ оно влечетъ за собою полную неопредѣленность въ дѣлѣ, отъ котораго такъ сильно зависитъ нормальная работа конституціоннаго механизма.

Что ст. 45 учр. гос. думы имѣетъ въ виду нѣкоторую форму иммунитета, это признаетъ и наша кассаціонная практика. Въ извѣстномъ рѣшеніи по дѣлу крестьянина Ѳедорова мы читаемъ: „Воспроизведеніе въ печати и распространеніе стенографическихъ отчетовъ государственной думы въ томъ именно видѣ, какъ таковые разрѣшены къ печатанію, должно быть допускаемо безпрепятственно и не можетъ считаться преступнымъ. Но всякое измѣненіе такихъ отчетовъ, въ количественномъ или качественномъ отношеніи, допущенное въ періодической или повременной печати, составляетъ оглашеніе отчетовъ государственной думы не въ томъ видѣ, въ которомъ законъ дозволяетъ оглашеніе ихъ въ печати, а потому такіе измѣненные отчеты и не могутъ пользоваться иммунитетомъ, обезпеченнымъ отчетамъ, оглашаемымъ согласно правиламъ, установленнымъ въ ст. 45 учр. гос. думы, и, являясь самостоятельнымъ произведеніемъ печати, влекутъ для авторовъ уголовную отвѣтственность наравнѣ со всякими другими литературными произведеніями, если въ ихъ содержаніи заключаются признаки уголовно-наказуемаго дѣянія. Такое, вытекающее изъ смысла закона, положеніе вещей находитъ себѣ полное оправданіе въ томъ соображеніи, что печатаемыя выдержки изъ отчетовъ могутъ совершенно измѣнить или извратить смыслъ происходившаго засѣданія думы, выдвигая, напримѣръ, нѣкоторыя высказывавшіяся во время дебатовъ сужденія, безъ связи съ предыдущими и послѣдующими и съ умолчаніемъ о взглядахъ и сужденіяхъ, не согласныхъ съ тѣми, которыя излагаются въ печатныхъ выдержкахъ. Такія выдержки, давая ложное или превратное представленіе о томъ, что происходило въ думѣ, могутъ вмѣстѣ съ этимъ служить средствомъ для широкаго распространенія преступнаго характера воззваній, быть-можетъ, осужденныхъ самою думою, и безнаказаннымъ способомъ преступной пропаганды для лицъ, не пользующихся по закону никакимъ иммунитетомъ за свои дѣйствія. Поэтому распространеніе декларацін, прочитанной членомъ государственной думы въ засѣданіи, напечатаной на отдѣльныхъ листахъ, хотя и съ указаніемъ, что она извлечена изъ отчета думы и была подписана членами думы, можетъ быть подведено подъ дѣйствіе ст. 129 угол. улож.“ (рѣшеніе по дѣлу Ѳедорова, 1907 г. № 25) [1].

---

1) Рѣшеніе это находитъ безусловнаго сторонника въ лицѣ Шаланда, Ibid., 452—453 и оспаривается барономъ С. А. Корфомъ, Ibid., 41—42, который не вскрываетъ, однако, основного порока аргументацій сената.

Подъ второй частью этого рѣшенія безъ оговорокъ можно подписаться. Она лишь повторяетъ тѣ аргументы, что давно уже пользуются широкимъ признаніемъ въ конституціонныхъ государствахъ. Въ частности, кассаціонная инстанція находитъ и весьма удачныя слова для характеристики того основного порока, наличностью котораго погашается естественный иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ. Редакторъ газеты или всякое другое лицо, по винѣ котораго публика получаетъ „превратное представленіе о томъ, что происходило въ думѣ“, дѣлаютъ обратное тому, чего отъ нихъ ожидаетъ законъ, а слѣдовательно, и не могутъ разсчитывать на защиту послѣдняго. Критерій, которымъ, повидимому, все исчерпывается: переданъ „смыслъ происходившаго засѣданія думы“ вѣрно,—иммунитетъ въ силѣ; „извращена“ общая картина дебатовъ,—онъ отпадаетъ... Можно было бы только радоваться тому, что вопросъ поставленъ у насъ съ самаго же начала такъ ясно.

Оказывается, однако, что дѣло совершенно не ясно. И, что всего болѣе странно, въ этомъ убѣждаетъ насъ вступительная часть аргументаціи сената, та, что воспроизведена въ извѣстномъ циркулярѣ главнаго управленія по дѣламъ печати... Положительное право нигдѣ, какъ мы видѣли, не забываетъ о возможности злоупотребленій. Такъ оно и стремится тѣми или другими способами ихъ предупредить. Но такая постановка вопроса, какъ въ рѣшеніи по дѣлу Ѳедорова, должна быть поистинѣ признана вполнѣ самобытной. Никакое право, а при господствѣ законности, стало-быть, и никакая практика не проводятъ принципіальной черты между полными и сокращенными парламентскими отчетами. Охрана принадлежитъ въ равной мѣрѣ и тѣмъ, и другимъ. Да и развѣ не ясно, что задача политической оріентировки избирателей, во имя которой и провозглашена въ этомъ случаѣ безотвѣтственность, достигается не путемъ стенографическаго подлинника, а лишь при содѣйствіи печатаемаго въ газетахъ резюме главнѣйшихъ моментовъ парламентскаго турнира. Сказать, что „всякое измѣненіе... отчетовъ въ качественномъ или количественномъ отношеніяхъ“ ставитъ ихъ внѣ иммунитета, значитъ, посягнуть на самый источникъ освѣдомленности о трудахъ народнаго представительства.

Неудивительно, такимъ образомъ, что иммунитету парламентскихъ отчетовъ нигдѣ не кладется такая чисто-механическая преграда. И повсюду выдвигается, напротивъ, критерій иного характера. Мы не разъ уже его формулировали: поскольку „отчетъ“ и объективно, и съ внутренней стороны дѣйствительно отчетъ, онъ

не долженъ служить поводомъ къ уголовному преслѣдованію. Правда о томъ, что происходило въ парламентѣ, это—одно условіе. Освѣдомительная цѣль, а не какія-либо противозаконныя домогательства—другое. Но и этотъ второй признакъ уже опускается въ нѣкоторыхъ странахъ, какъ угрожающій на практикѣ началу безусловной публичности парламентскихъ засѣданій. Ну, а тамъ помѣщены ли отдѣльныя депутатскія рѣчи цѣликомъ, въ болѣе или менѣе значительныхъ выдержкахъ, или въ пересказѣ, это—уже вопросъ техники и манеры. Правосудію не можетъ быть, очевидно, до этого дѣла.

Если нашимъ кассаціоннымъ судомъ провозглашенъ въ 1907 г. обратный принципъ, то объясненія этому слѣдуетъ искать не въ одномъ только отсутствіи спеціальной нормы, устанавливающей иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ. Неполнота закона лишь помогла превращенію потенціальной энергіи въ кинетическую. Но первопричина такихъ и подобныхъ рѣшеній коренится не въ правѣ, а въ политикѣ. Приходится констатировать, что и въ этомъ случаѣ голосъ ея прозвучалъ весьма внятно.

Тѣмъ острѣе, поэтому, стоитъ для насъ вопросъ о спеціальной нормѣ. Я представляю себѣ ее по образцу нѣмецкаго права съ указаніемъ на одинъ только признакъ согласія съ истиной. Всѣ тѣ соображенія, которыя я приводилъ въ защиту принятой тамъ формулы, имѣютъ сугубую силу въ Россіи. Безличная редакція германскаго права предпочтительна еще потому, что ею охраняется не толко самъ референтъ, а вслѣдъ за нимъ и редакторъ газеты, но и парламенскій отчетъ, какъ таковой. „Wahrheitsgetreue Berichte... bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei“—это значитъ, что на достовѣрные отчеты не можетъ быть распространено и такъ называемое объективное производство. Они защищены, какъ вещь, въ которой матеріализовалось извѣстное соціально-полезное содержаніе. Парламентскій отчетъ, если онъ удовлетворяетъ указаннымъ въ законѣ признакамъ, становится неприкосновеннымъ въ качествѣ таковаго.

Пока же что, рѣшеніемъ по дѣлу Өедорова весьма осложнено въ Россіи положеніе вопроса. „Достовѣрность“, это—критерій, во всякомъ случаѣ поддающійся объективной оцѣнкѣ. Вопросъ о мотивахъ уже открываетъ двери элементу личнаго пристрастія. „Всякое измѣненіе въ количественномъ или качественномъ отношеніяхъ“ (слова сената), это—безграничная свобода для органовъ, наблюдающихъ за періодической печатью, и смертный приговоръ для

здоровой постановки дѣла парламентской информаціи. А этимъ рычагомъ приводится въ движеніе весь конституціонный механизмъ.

Докладъ вызвалъ рядъ замѣчаній.

П. И. Люблинскій. Вопросъ, разсматриваемый въ нашемъ сегодняшнемъ засѣданіи, въ существѣ своемъ ясенъ. Удачно выразился докладчикъ, сказавъ, что иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ—„естественное право“ не только прессы, но и каждаго отдѣльнаго гражданина, ибо каждый гражданинъ заинтересованъ въ широкомъ освѣдомленіи его о дѣятельности законодательныхъ учрежденій. Другой вопросъ — обоснованіе необходимости внесенія въ законъ особыхъ постановленій объ иммунитетѣ парламентскихъ отчетовъ. На самомъ дѣлѣ, ясно, что объективное изложеніе фактовъ—не преступленіе; это только у насъ могли додуматься до такого толкованія 129 ст. Угол. Улож., что для состава ея достаточно одного сообщенія фактовъ, независимо отъ цѣли, съ какою факты сообщаются. Однако, указываютъ, что въ конституціяхъ культурныхъ странъ мы встрѣчаемся съ особыми постановленіями о ненаказуемости печатанія парламентскихъ отчетовъ. Съ какой же стати въ конституціи западно-европейскихъ государствъ вносятся особыя постановленія? Для ясности отвѣта необходимо отмѣтить двойственность парламентскаго развитія Англіи, съ одной стороны, и континента — съ другой. Въ Англіи иммунитетомъ приходилось защищаться не противъ судовъ, а противъ самого парламента. Самое допущеніе постороннихъ лицъ въ засѣданія парламента состоялось лишь тогда, когда парламентъ убѣдился, что не скрыть отъ печати происходящаго въ его стѣнахъ, что безплодны розыски членовъ парламента „предателей“, сообщающихъ печати „тайныя“ свѣдѣнія изъ жизни парламента. Въ Англіи нѣтъ надобности принимать мѣры противъ судовъ; никому на умъ не придетъ опасаться, чтобы присяжные засѣдатели вынесли обвинительный вердиктъ за опубликованіе парламентскаго отчета. Посему въ Англіи иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ—право, охраняемое судами противъ парламента. Совершенно иное на континентѣ, въ частности во Франціи. Отчасти здѣсь дѣйствовала подражательность; но въ большей мѣрѣ особыя постановленія объ иммунитетѣ парламентскихъ отчетовъ порождены враждебнымъ отношеніемъ судовъ къ народному представительству. Прихо-

дилось создавать особыя мѣры обезпеченія, особыя гарантіи для печати, отражавшей дѣятельность народнаго представительства. Мы не можемъ не считаться съ недовѣріемъ къ дѣятельности судовъ и у насъ. Вообще говоря, только при плохихъ судахъ нужна особая норма безотвѣтственности отчетовъ. Какъ бы принципъ ни былъ „естественъ“, опасеніе, чтобы суды не толковали его вкривь и вкось, побуждаетъ закрѣпить его въ конституціи, которая вообще содержитъ обычно много декларативныхъ нормъ. Далѣе я не могу согласиться съ положеніемъ, высказаннымъ Г. Н. Штильманомъ въ его IV тезисѣ. Что значитъ: „иммунитетомъ, во всякомъ случаѣ, не покрывается отдѣльная рѣчь“? Какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда все засѣданіе состоитъ изъ одной рѣчи? Мнѣ представляется, что докладчикъ при формулировкѣ этого тезиса упустилъ принципъ добросовѣстности, принимаемый имъ въ другихъ случаяхъ. Только та отдѣльная рѣчь не покрывается иммунитетомъ, въ помѣщеніи которой не было элемента добросовѣстности. Не думаетъ же докладчикъ, что наказанъ долженъ быть, скажемъ, тотъ, кто помѣстилъ отдѣльную рѣчь, какъ типическую для даннаго времени или данныхъ условій, какъ образецъ парламентскаго краснорѣчія или какъ характеризующую позицію отдѣльной партіи. Разница въ иммунитетѣ по отношенію къ отдѣльной рѣчи и къ полному отчету несомнѣнно имѣется, но состоитъ она лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ имѣется въ виду лишь praesumptio juris, во второмъ—praesumptio juris et de jure. Поэтому и въ первомъ случаѣ, поскольку не опровергнута презумпція добросовѣстности, опубликованіе отдѣльной рѣчи несомнѣнно покрывается иммунитетомъ. Выраженіе „во всякомъ случаѣ“ въ тезисѣ докладчика является такимъ образомъ неосторожнымъ. Что касается рѣшенія по дѣлу Федорова, то дѣйствительно сенатъ остановился на полдорогѣ. Я сравнилъ бы это рѣшеніе съ Шейлоковскимъ условіемъ „отрѣзать ровно фунтъ мяса“. Римское право, знавшее такое послѣдствіе несостоятельности, однако, осторожно добавляло оговорку: нѣтъ въ томъ вины, если кредиторъ случайно отрѣжетъ большую или меньшую часть. Для первобытной психологіи внести такую оговорку въ законъ было важно. Къ сожалѣнію, и у насъ, можетъ быть, еще приходится считаться съ первобытной психологіей и ого-

ворить, что добросовѣстное сокращеніе или измѣненіе отчетовъ не создаетъ вины для опубликовавшаго.

М. П. Чубинскій. Если подойти къ вопросу, вызвавшему споръ между докладчикомъ и П. И. Люблинскимъ, съ точки зрѣнія абстрактной, то, пожалуй, противъ формулировки тезиса IV сразу возраженія не найдется. Въ самомъ дѣлѣ, что такое отчетъ? Это объективное изложеніе всего того, что имѣло мѣсто въ стѣнахъ парламента. Если изъ цѣлаго вырывается часть, если опубликовывается лишь одна рѣчь, именно данная, а не какая-либо иная, то несомнѣнно этимъ вносится элементъ субъективности,—здѣсь уже не отчетъ. Логически это такъ. Но если мы поставимъ вопросъ, соотвѣтствуетъ ли тезисъ IV положенію, которое должна занимать печать, и положенію народнаго представительства, то отвѣтъ будетъ совершенно иной. Назначеніе парламентскаго отчета — освѣдомить страну о дѣятельности народныхъ представителей. Поскольку опубликованіе отдѣльной рѣчи служитъ указанной цѣли, поскольку точно оно освѣдомляетъ населеніе о дѣятельности хотя бы одного изъ его избранниковъ, оно должно оставаться безнаказаннымъ. Переходя къ практической сторонѣ, я долженъ указать, что если бы судебная практика приняла положенія IV тезиса и строго имъ руководилась, мы, быть можетъ, очутились бы въ худшихъ условіяхъ, чѣмъ тѣ, которыя созданы рѣшеніемъ сената по дѣлу Федорова. Безусловная возможность наказуемости за помѣщеніе одной рѣчи—до этого не дошелъ и сенатъ. Это положеніе сугубо опасно у насъ при томъ чудовищномъ толкованіи 129 ст. Угол. Улож., которое усвоено нашей практикой и согласно которому для признанія наличности состава 129 ст. не требуется спеціальной преступной цѣли. Вѣдь это звучитъ парадоксомъ, а, между тѣмъ, это фактъ, что по дѣлу Малиновскаго намъ пришлось не оспаривать, а защищать рѣшеніе сената по дѣлу Ходскаго, какъ предѣлъ односторонняго толкованія законовъ. Прокуратура доказывала, что можно пойти дальше и въ этихъ случаяхъ даже не доказывать намѣренія, а просто его презюмировать. Вѣдь нашла же прокуратура возможнымъ привлечь прив.-доц. Тіандера по ст. 129 за напечатаніе извлеченій изъ сочиненій Мильтона ко дню 300-лѣтняго его юбилея, и дѣло восходило до сената. Рѣшающую роль должно играть не то, полностью ли помѣщенъ отчетъ о засѣданіи или даны лишь

отдѣльныя рѣчи, а то, точно ли воспроизведено въ отчетѣ сказанное. Если хотя бы и отдѣльная рѣчь воспропроизведена точно, о наказуемости не можетъ быть рѣчи. Положеніе докладчика опасно и въ идейномъ отношеніи. Выбирать изъ всей общественной жизни, а въ томъ числѣ и изъ парламентской, наиболѣе существенное, важное, достойное вниманія—право прессы, ея служеніе; въ этомъ правѣ ее нельзя ограничивать. Съ другой стороны, соблюденіе правила, изложеннаго въ тезисѣ IV, повлечетъ за собой разнообразнѣйшіе извороты въ обходъ этого правила, что, въ свою очередь, весьма нежелательно съ идейной точки зрѣнія. Примыкая къ теоретической конструкціи докладчика, соглашаясь съ нимъ, что иммунитетъ—не привилегія, т. е. не нѣчто такое, что можетъ быть пожаловано и не пожаловано, а право, я раздѣляю его точку зрѣнія и тогда, когда онъ рекомендуетъ намъ стремиться къ нормамъ германскаго права. Я бы хотѣлъ лишь, чтобы нормы германскія были дополнены нормой австрійскаго права о ненаказуемости, опубликованія и отдѣльной парламентской рѣчи, разъ нѣтъ сомнѣнія въ добросовѣстности ея передачи.

С. К. Гогель. Подобно предыдущимъ оппонентамъ, и я расхожусь съ Г. Н. Штильманомъ въ тезисѣ IV. Я прежде всего принимаю во вниманіе положеніе отдѣльныхъ партій, которыя обязаны освѣдомлять своихъ членовъ о дѣятельности ихъ избранниковъ. Далѣе, если принять положеніе докладчика, что ненаказуемо лишь помѣщеніе полнаго отчета о засѣданіи, то какъ быть съ засѣданіями комиссій и другими матеріалами? Покрываются ли они иммунитетомъ? Вѣдь если въ отношеніи пленарныхъ засѣданій есть извѣстная гарантія,—стенографическіе отчеты печатаются согласно 45 ст. учр. Гос. Думы лишь съ разрѣшенія предсѣдателя, то въ отношеніи прочаго матеріала нѣтъ и этой гарантіи. Мы не можемъ рѣшать вопросъ, исходя лишь изъ теоретическихъ соображеній и игнорируя состояніе нашего правосудія. Намъ не всегда доступны зап.-европейскіе образцы. „Bona fide“, „in treuem Geiste“—вполнѣ достаточны для западныхъ кодексовъ. Но у насъ „добросовѣстность“ будутъ толковать губернаторы и наши судьи. Мы переживаемъ еще періодъ политической борьбы; у насъ опасенія умѣстны болѣе, чѣмъ гдѣ бы то ни было. При такихъ условіяхъ нужно отстаивать принципъ полнаго и строгаго иммунитета. Но съ другой

стороны, нельзя упускать изъ виду возможные случаи несоотвѣтственнаго использованія печати не для цѣлей ознакомленія общества съ дѣятельностью Думы, а для другихъ цѣлей. И посему извѣстныя юридическія границы нужны, и онѣ должны быть установлены и въ учрежденіи Гос. Думы и въ законахъ о печати. Мнѣ представляется, что нужно различать двѣ категоріи случаевъ. Въ однихъ требуется точное воспроизведеніе; сюда относятся доклады въ комиссіяхъ и другіе матеріалы, какъ въ цѣломъ, такъ и въ части. Въ другихъ случаяхъ, а именно въ отчетахъ о засѣданіяхъ, достаточно только согласія отчета съ истиной. Нужно также установить, гдѣ отчеты должны быть помѣщены, дабы они покрывались иммунитетомъ. Я предложилъ бы такой перечень: газета, журналъ, книга, отчетъ партіи. Итакъ, мои соображенія сводятся къ слѣдующему: 1) безусловно необходимъ особый законъ о ненаказуемости помѣщенія парламентскихъ отчетовъ; 2) при нашихъ условіяхъ законъ долженъ быть редактированъ сугубо точно, съ устраненіемъ всякаго субъективнаго момента.

В. Д. Набоковъ. Здѣсь затронутъ попутно рядъ существенныхъ и важныхъ вопросовъ о роли суда и его отношеніи къ печати, о положеніи печати въ странѣ и т. д. Я позволю себѣ подойти къ вопросу, какъ онъ поставленъ въ тезисѣ. Есть ли что-либо специфическое въ иммунитетѣ парламентскихъ отчетовъ? Или эти отчеты ничѣмъ не отличаются отъ отчетовъ о засѣданіяхъ другихъ государственныхъ и общественныхъ учрежденій о публичныхъ засѣданіяхъ? Цѣль такого отчета — освѣдомленіе о дѣятельности избранниковъ народа; но та же цѣль и въ отчетахъ о засѣданіяхъ земскихъ и городскихъ учрежденій. Элементъ публичности — тотъ же, ничего самостоятельнаго. Постоянная связь между избирателями и избранниками — та же. Отчеты должны быть согласны съ истиной — ничего специфическаго. Почему же вопросу объ иммунитетѣ парламентскихъ отчетовъ отводится особое мѣсто, почему онъ подвергается особому разсмотрѣнію. И здѣсь, какъ мнѣ представляется, кроется дефектъ представленнаго намъ доклада. Въ немъ недостаточно подчеркнута связь между безотвѣтственностью самихъ народныхъ представителей и иммунитетомъ отчетовъ. Докладчикъ утверждаетъ, что отдѣльная рѣчь—не отчетъ. Но если мы будемъ исходить изъ начала безотвѣтственности народныхъ представителей, мы придемъ къ простому и совер-

шенно иному выводу: разъ не отвѣчаетъ народный представитель, произнесшій рѣчь, то не отвѣчаетъ и тотъ, кто эту рѣчь распространилъ. Указаніе С. К. Гогеля на 45 ст. мнѣ представляется неправильнымъ: эта статья устанавливаетъ лишь форму опубликованія рѣчей, но эта статья не можетъ оградить отъ преслѣдованія, если допустимо привлеченіе народнаго представителя, рѣчь произнесшаго. Если признать полностью иммунитетъ депутатовъ, то иммунитетъ парламентскихъ отчетовъ самъ собою приложится.

Докладчикъ *Г. Н. Штильманъ*. Конспектируя въ разосланныхъ при повѣстѣ „положеніяхъ“ сущность моего доклада, я не сомнѣвался, что центромъ тяжести всѣхъ возраженій станетъ мой четвертый тезисъ. Такъ оно и случилось. И тѣмъ не менѣе, я не считаю возможнымъ отказаться отъ заключеній въ немъ высказанныхъ... Къ чему вкратцѣ сводятся доводы моихъ оппонентовъ? П. И. Люблинскій находитъ, что не слѣдуетъ проводить рѣзкой границы между опубликованіемъ полнаго отчета и отдѣльной рѣчи; разница, по его мнѣнію, заключается лишь въ томъ, что полный отчетъ защищенъ презумпціей juris et de jure, отдѣльная же рѣчь—лишь простою презумпціею. Но вѣдь это и есть моя точка зрѣнія, высказанная лишь другими словами. Общее положеніе таково, что безусловнымъ иммунитетомъ покрывается лишь дѣйствительный отчетъ. Въ переводѣ на технико-юридическій языкъ это и значитъ, что его ограждаетъ praesumptio juris et de jure. Въ своихъ положеніяхъ я отстаивалъ порядокъ англійскаго права, защищаемый также французскимъ и нѣмецкимъ правомъ. И насколько мнѣ извѣстно, на практикѣ эта система никакихъ недоумѣній не вызываетъ: опытный репортеръ приспособляется къ своей задачѣ, знаетъ, какимъ признакамъ должно удовлетворять резюмэ преній для того, чтобы оно было именно отчетомъ. Не слѣдуетъ забывать, что подъ понятіе парламентскаго отчета можетъ быть иной разъ подведена и передовая статья; въ рубрикѣ отчета можетъ быть помѣщено собственное разсужденіе вмѣсто требуемой закономъ объективной передачи фактовъ. Иначе подходитъ къ вопросу С. К. Гогель, справедливо указавшій на то, что внесеніе начала „добросовѣстности“ можетъ быть на практикѣ использовано современными русскими судами въ нежелательномъ направленіи. Не спорю, такая опасность существуетъ. Но если суды не стоятъ на

высотѣ своей задачи, безплодно ограждать себя противъ нихъ и самыми утонченными юридическими гарантіями. Опытъ показываетъ, что практика легко ихъ преодолѣваетъ. И всю энергію, затрачиваемую на измышленіе средствъ, въ безцѣльности которыхъ можно быть заранѣе увѣреннымъ, слѣдуетъ обратить въ другую сторону. Должна быть возстановлена независимость суда. Иного выхода здѣсь нѣтъ. На вопросъ, какова тенденція въ развитіи положительнаго права культурныхъ странъ, мы должны будемъ, не погрѣшая противъ истины, отвѣтить: въ пользу изложенной мною конструкціи. Въ Австріи, гдѣ вопросъ объ опубликованіи отдѣльныхъ частей парламентскаго отчета играетъ,—по причинамъ, о которыхъ здѣсь не мѣсто говорить,—особенно серьезную роль, теоретики энергично возстаютъ противъ распространенія иммунитета на такіе отрывки. Въ виду того, однако, что кассаціонная практика держится обратнаго взгляда, въ юридическихъ кругахъ возникла мысль о необходимости прибѣгнуть къ содѣйствію законодателя. § 32 законопроекта 1902 г. опредѣленно указываетъ на то, что привилегія иммунитета не распространяется на репродукцію произведенія печати, подвергшагося конфискаціи, если органомъ, наложившимъ арестъ признано, что извлеченія изъ этого произведенія не должны быть публикуемы. Можно по оппортунистическимъ мотивамъ возставать и противъ этой дополнительной нормы, — неизвѣстно-де, какъ еще станутъ ею пользоваться судебныя мѣста. Но нельзя отрицать того, что она находится въ полномъ соотвѣтствіи съ исходными предпосылками нашего института. Не могу принять и упрека, брошеннаго мнѣ В. Д. Набоковымъ, упрека въ томъ, что я не поставилъ иммунитета парламентскихъ отчетовъ въ тѣсную связь съ безотвѣтственностью народныхъ представителей за произнесенныя ими въ парламентѣ рѣчи. Я признаю наличность такой связи и на нее указалъ; и я признаю начало безотвѣтственности депутатовъ въ полномъ объемѣ. Но я считаю теоретически неправильнымъ соединять въ одно оба вида безотвѣтственности. Каждый изъ нихъ преслѣдуетъ свою спеціальную цѣль и покоится на своихъ особыхъ основаніяхъ. Въ этомъ не трудно убѣдиться, обратившись даже и къ тому элементарному примѣру, который является у насъ отправнымъ пунктомъ спора объ иммунитетѣ самихъ народныхъ представителей. Не воз-

буждаетъ вѣдь никакихъ сомнѣній, что если бы депутатъ Кузнецовъ повторилъ внѣ парламента то, что онъ сказалъ о Гололобовѣ въ Гос. Думѣ, онъ бы не былъ защищенъ иммунитетомъ, но если не огражденъ самъ депутатъ, то почему долженъ быть безотвѣтственнымъ репортеръ? Охраной дѣйствительно и пользуется не репортеръ, какъ таковой,—охраной пользуется лишь авторъ объективно составленнаго отчета. Иммунитетъ является въ этомъ случаѣ не личнымъ, а такъ-сказать предметнымъ. Вотъ почему, напр., министръ оскорбившій кого-либо въ парламентской рѣчи, несетъ по закону отвѣтственность, а репортеръ, который воспроизвелъ эту рѣчь въ „отчетѣ", уголовному преслѣдованію не подлежитъ. Вообще иммунитетъ отчетовъ—не привилегія, а естественное право, ограждающее трудъ опредѣленныхъ лицъ при опредѣленныхъ условіяхъ ихъ дѣятельности, преслѣдующей опредѣленныя цѣли. Нельзя превращать это право въ привилегію, надѣляя имъ и другихъ, въ совершенно иной обстановкѣ выступающихъ.

Предсѣдатель *В. Д. Набоковъ.* Разрѣшите, господа, отъ имени всего собранія выразить Г. Н. Штильману нашу глубокую благодарность за представленный намъ интересный докладъ по одному изъ злободневныхъ вопросовъ нашей современности.

Послѣ выраженія благодарности докладчику апплодисментами, собраніе было закрыто.

Приложеніе I.

АДРЕСЪ

почетному члену Общества Н. С. Таганцеву,

поднесенный Совѣтомъ Общества въ день 50-лѣтія его государственной службы и научной дѣятельности, 19 марта 1913 г. [1]).

Глубокоуважаемый Николай Степановичъ!

Ровно полвѣка тому назадъ, въ этотъ самый день 19 марта двадцатилѣтнимъ юношей Вы сдѣлали первый шагъ по тому пути, который привелъ Васъ къ славѣ, обезсмертилъ Ваше имя въ исторіи русской юриспруденціи, обогащенной и украшенной Вашими трудами.

Заслуги Ваши передъ отечественной наукой права по-истинѣ неизмѣримы. Сперва въ „Курсѣ", потомъ въ знаменитыхъ „Лекціяхъ", Вы охватили всю общую теорію уголовнаго права, создавъ цѣлый рядъ новыхъ ученій, проникнутыхъ единствомъ и стройностью юридической мысли. Сложнѣйшіе и труднѣйшіе вопросы „Общей части" получили въ Вашемъ лицѣ истолкователя, вооруженнаго небывалымъ богатствомъ знаній, исключительной способностью къ острому и тонкому юридическому анализу, выдающимся писательскимъ талантомъ. Достаточно напомнить Вашу разработку проблемы вмѣняемости, впервые—не только въ Россіи, но и въ Европѣ—получившей подъ Вашимъ перомъ правильную и жизненную постановку, отрѣшенную отъ старой схоластики и мертвыхъ абстракцій. И въ болѣе раннихъ Вашихъ работахъ—о повтореніи преступленій и о преступленіяхъ противъ жизни—Вы дали превосходные образцы научныхъ изслѣдованій, идущихъ изъ жизни и служащихъ жизни. Именно такъ отозвался о нихъ Вашъ покойный учитель, Владиміръ

---

1) См. Протоколъ Общаго Собранія 1 апрѣля 1913 г., стр. 161.

Даниловичъ Спасовичъ. Но этого мало. Вы поставили эпиграфомъ Вашего классическаго труда великодушныя слова Императора Александра II: „Правда и милость да царствуютъ въ судахъ“. И вся Ваша научная дѣятельность была одушевлена стремленіемъ не только къ правдѣ-истинѣ, но и къ правдѣ-справедливости. Будущія поколѣнія съ благодарностью и уваженіемъ вспомнятъ о той борьбѣ противъ смертной казни, которую Вы вели на страницахъ Вашихъ книгъ и на другихъ поприщахъ Вашей дѣятельности.

Вы не были только догматикомъ и комментаторомъ нашего дѣйствующаго права. Если въ этой области у Васъ нѣтъ соперника среди русскихъ криминалистовъ, то не менѣе глубокъ слѣдъ, оставленный Вами въ дѣлѣ созданія новаго права. Тотъ огромный трудъ, который Вами выполненъ при выработкѣ Уголовнаго Уложенія 22 марта 1903 г., является исторической Вашей заслугой передъ нашимъ отечествомъ и передъ русскимъ народомъ.

Петербургское Юридическое Общество съ гордостью вспоминаетъ, что Вы были однимъ изъ его учредителей. Имя Ваше тѣсно связано съ исторіей Общества. Вы были членомъ перваго Совѣта и пять разъ избирались Обществомъ на эту почетную должность. Ваши доклады придали особый блескъ первымъ годамъ дѣятельности Общества. Въ теченіе четырнадцати лѣтъ Вы работали въ редакціонномъ комитетѣ уголовнаго отдѣленія, и тогда и позднѣе принимая живое участіе въ засѣданіяхъ Общества и подымая ихъ научный уровень Вашимъ вѣскимъ и глубокимъ словомъ. 20 ноября 1899 г., въ тридцать пятую годовщину „Судебныхъ Уставовъ“, Общество избрало Васъ въ свои почетные члены. Сегодня оно счастливо Васъ привѣтствовать. Отъ имени Общества Совѣтъ приноситъ Вамъ искреннія и горячія поздравленія, выражаетъ сердечное пожеланіе, чтобы нашей родинѣ еще на долгіе годы сохранены были Ваши богатырскія силы, Вашъ свѣтлый умъ, Вашъ драгоцѣнный опытъ, соединенный съ обширнымъ и разностороннимъ знаніемъ. Пусть этимъ привѣтомъ и пожеланіемъ вновь укрѣпится прочная духовная связь, соединяющая Васъ съ Петербургскимъ Юридическимъ Обществомъ.

ЗАКОНОПРОЕКТЪ

объ огражденiи свободы сужденiй и мнѣнiй членовъ Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и о порядкѣ отвѣтственности ихъ за преступныя дѣянiя, сопряженныя съ нарушенiемъ обязанностей ихъ званiя.

Составленъ Редакцiоннымъ Комитетомъ Уголовнаго Отдѣленiя Общества [1]).

I. Въ *Учрежденiе Гос. Думы* внести слѣдующiя измѣненiя:

Ст. 14 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Члены Гос. Думы пользуются полною свободою сужденiй и мнѣнiй при исполненiи обязанностей своего званiя и не обязаны отчетомъ предъ своими избирателями".

Дополнить Учрежденiе Гос. Думы ст. 14[1] слѣдующаго содержанiя:

„Члены Гос. Думы не подлежатъ отвѣтственности ни въ судебномъ, ни въ административномъ порядкѣ за мнѣнiя и сужденiя, выраженныя при исполненiи обязанностей своего званiя".

Ст. 16 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Для лишенiя свободы члена Гос. Думы во время ея сессiи должно быть испрошено предварительное разрѣшенiе Думы, кромѣ случая задержанiя при совершенiи преступнаго дѣянiя или на другой день".

Ст. 19 дополнить примѣчанiемъ I слѣдующаго содержанiя:

---

1) Первоначальный проектъ и объяснительная записка къ настоящему проекту составлены П. И. Люблинскимъ. При выработкѣ окончательнаго текста были приняты во вниманiе, кромѣ указанiй членовъ редакцiоннаго комитета уголовнаго отдѣленiя В. Д. Набокова, А. А. Жижиленко и О. О. Грузенберга, также замѣчанiя М. Я. Острогорскаго, Л. А. Шалланда и Е. М. Кулишера.

„Членъ Гос. Думы выбываетъ также въ случаѣ присужденія къ наказанію лишеніемъ свободы за преступныя дѣянія, сопряженные съ нарушеніемъ обязанностей его званія“.

Дѣйствіе ст. 21 распространить и на примѣчаніе I къ ст. 19.

Ст. 22 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Члены Гос. Думы за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, привлекаются къ отвѣтственности не иначе, какъ по постановленію Гос. Думы, и предаются суду въ порядкѣ, установленномъ въ ст. 86—95 Учр. Гос. Совѣта“.

Дополнить Учрежденіе Гос. Думы ст. 45[1] слѣдующаго содержанія:

„Оглашеніе въ печати добросовѣстно составленныхъ отчетовъ о засѣданіяхъ Гос. Думы, если эти засѣданія не были объявлены закрытыми, а также всякихъ документовъ, касающихся дѣятельности Гос. Думы и ея комиссій, поскольку эти документы были допущены къ печати предсѣдателемъ или секретаремъ Думы, не можетъ послужить основаніемъ къ отвѣтственности составителей и распространителей ихъ въ судебномъ или административномъ порядкѣ“.

II. Въ *Учрежденіе Гос. Совѣта* (прод. 1906 г.) внести слѣдующія измѣненія:

П. 4 ст. 68 изложить слѣдующимъ образомъ:

„... 4) дѣла объ отвѣтственности членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, а также объ отвѣтственности за нарушеніе долга службы предсѣдателя совѣта министровъ, министровъ, главноуправляющихъ отдѣльными частями, намѣстниковъ и генералъ-губернаторовъ и о преданіи суду за преступленія должности прочихъ высшихъ чиновъ, занимающихъ должности первыхъ трехъ классовъ“.

Ст. 87 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Донесенія и жалобы, содержащія обвиненія въ преступныхъ дѣяніяхъ, указанныхъ въ п. 4 ст. 68, представляются на Высочайшее усмотрѣніе, а если они приносятся противъ членовъ Гос. Совѣта или Гос. Думы, то направляются на разсмотрѣніе Гос. Совѣта или Гос. Думы по принадлежности“.

Ст. 88 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Удостоенныя Высочайшаго уваженія или, въ соотвѣтственныхъ случаяхъ, утвержденныя Гос. Совѣтомъ или Гос. Думою до-

несенія и жалобы обращаются въ первый департаментъ Гос. Совѣта".

Ст. 26 изложить слѣдующимъ образомъ:

„Члены Гос. Совѣта въ отношеніи свободы сужденій и мнѣній при исполненіи обязанностей ихъ званія, а также въ отношеніи безотвѣтственности за выраженныя сужденія и мнѣнія подчиняются соотвѣтственнымъ правиламъ, постановленнымъ для членовъ Гос. Думы. Члены Гос. Совѣта по выборамъ не обязаны отчетомъ передъ своими избирателями".

III. *Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1885 года* измѣнить слѣдующимъ образомъ:

Главу восьмую раздѣла IV дополнить ст. 328^{10} слѣдующаго содержанія:

„Виновный въ наложеніи какого-либо взысканія въ судебномъ или административномъ порядкѣ на члена Гос. Совѣта или Гос. Думы или въ лишеніи его свободы, хотя бы и по истеченіи срока полномочій его, за мнѣнія и сужденія, выраженныя имъ при исполненіи обязанностей его званія, наказывается: лишеніемъ всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія на время отъ $1^1/_2$ года до двухъ лѣтъ".

Раздѣлъ V сего уложенія дополнить ст. 328^{11} слѣдующаго содержанія:

„Дѣйствіе статей 351—360, 361, 362, 364, 372—378, 380—382, 387 сего уложенія распространяется и на членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы въ случаѣ учиненія ими преступныхъ дѣяній, сопряженныхъ съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія".

Дополнить уложеніе о нак. ст. 87^2 слѣдующаго содержанія:

„Взысканія, опредѣленныя въ пунктахъ 1—3, 5 и 6 статьи 65, замѣняются для членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы, виновныхъ въ преступныхъ дѣяніяхъ, сопряженныхъ съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, на основаніи правилъ, изложенныхъ въ ст. 87^1 сего уложенія".

IV. Въ *уставъ уголовнаго судопроизводства* внести слѣдующія измѣненія:

Дѣйствіе примѣчанія къ ст. 204 (прод. 1906 г.), а также ст. 1101^1 (прод. 1906 г.) распространить и на дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 328^{10} улож. о нак.

Статью 1076 уст. уг. суд. изложить слѣдующимъ образомъ:

„Верховному уголовному суду предаются: члены Гос. Совѣта

и Гос. Думы за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, а также предсѣдатель совѣта министровъ, министры и главноуправляющіе отдѣльными частями, намѣстники и генералъ-губернаторы за преступленія должности".

Краткая объяснительная записка къ законопроекту.

Полная свобода высказываемыхъ въ законодательныхъ собраніяхъ мнѣній является неотъемлемымъ свойствомъ высшихъ представительныхъ учрежденій государства. Она необходима для того, чтобы подлинная воля и мнѣніе избирателей и народа находили свое правильное выраженіе. Посему начало свободы мнѣній и сужденій членовъ законодательныхъ палатъ и, какъ естественное слѣдствіе отсюда, безотвѣтственность ихъ въ судебномъ и административномъ порядкѣ за рѣчи признается повсюду текстомъ или практикой конституцій. Наши новые законы выразили это начало въ ст. 14 учрежденія Гос. Думы и въ ст. 26 учрежденія Гос. Совѣта, которыя до самаго послѣдняго времени и въ практикѣ нашихъ законодательныхъ учрежденій, и въ юридическихъ кругахъ понимались, какъ постановленія, создающія и въ нашемъ правѣ начало такъ наз. парламентскаго иммунитета или безотвѣтственности народныхъ представителей за мнѣнія и сужденія, высказанныя ими при исполненіи обязанностей въ палатахъ.

Однако, 15 октября 1912 г. Правительствующій Сенатъ по общему собранію перваго и кассаціонныхъ департаментовъ разъяснилъ, что члены Гос. Думы подлежатъ уголовной отвѣтственности по общимъ правиламъ за сужденія и мнѣнія, выраженныя ими въ засѣданіяхъ Гос. Думы или ея отдѣловъ, либо комиссій, хотя бы, въ частности, таковыя были заявлены въ запросахъ, обращаемыхъ къ правительству, если въ означенныхъ сужденіяхъ и мнѣніяхъ заключаются признаки преступныхъ дѣяній. Означенное рѣшеніе Прав. Сената, имѣющее обязательное значеніе для подчиненныхъ Сенату судебныхъ органовъ, лишаетъ наши учрежденія одного изъ правъ, необходимыхъ для безпрепятственной ихъ дѣятельности въ области законодательства и наблюденія надъ законностью управленія. Оно способно породить на практикѣ рядъ тяжелыхъ конфликтовъ между органами законодательства и судебными учрежденіями. И, наконецъ, въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи, оно вноситъ крайнюю неопредѣленность въ рядъ постановленій другихъ отдѣловъ нашего за-

конодательства. Въ виду сего предоставляется необходимымъ издать по сему, столь важному, вопросу новое законодательное опредѣленіе, которое не оставляло бы уже мѣста для сомнѣній въ безотвѣтственности народныхъ представителей за выраженныя ими при исполненіи обязанностей ихъ званія сужденія и мнѣнія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не указать и на то, что означенное выше рѣшеніе Прав. Сената во многомъ касается опредѣленнаго учрежденіемъ Гос. Думы и учрежденіемъ Гос. Совѣта порядка отвѣтственности членовъ этихъ учрежденій за преступныя дѣянія, учиненныя „при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей ихъ званія“ и вноситъ по этому вопросу рядъ опредѣленій, которыя могли бы быть приняты не иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ. Крайняя неясность и недостаточность нашего дѣйствующаго права по этому вопросу, засвидѣтельствованная многими авторитетными учрежденіями и лицами, еще болѣе усугубленная состоявшимся 15 октября 1912 г. рѣшеніемъ Сената, заставляетъ въ настоящій законопроектъ ввести нѣкоторыя постановленія, направленныя къ болѣе точному выраженію принятаго въ сихъ случаяхъ порядка преслѣдованія. При этомъ составители проекта полагали, въ цѣляхъ устраненія какихъ-либо сомнѣній, касающихся характера преступныхъ дѣяній, по коимъ допустимъ такой порядокъ преслѣдованія, выраженіе закона „преступныя дѣянія, учиненныя при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей званія“, замѣнить болѣе точнымъ выраженіемъ „преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей званія“, каковое выраженіе, по разъясненію Сената, нынѣ обычно примѣняется для обозначенія преступленій должности, учиняемыхъ лицами, не состоящими на службѣ.

При разсмотрѣніи вопроса о порядкѣ отвѣтственности членовъ Гос. Думы за преступленія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, составители настоящаго законопроекта считали необходимымъ внести нѣкоторыя дополненія и поправки въ существующее право. Такъ, ими перечисляются тѣ преступныя дѣянія по должности, за которыя только и могутъ быть подвергаемы преслѣдованію члены Гос. Думы и Гос. Совѣта, указываются правила для замѣны чисто служебныхъ взысканій, установленныхъ за эти преступныя дѣянія въ законѣ и непримѣнимыхъ къ членамъ Гос. Думы или Совѣта, не состоящимъ на государственной службѣ, взысканіями общаго характера. Наконецъ, опредѣляется, согласно общему принятому у насъ порядку для служебныхъ преступленій,

что возбужденіе преслѣдованія по дѣламъ этого рода должно происходить не иначе, какъ по постановленію общаго собранія Гос. Совѣта или Гос. Думы, по принадлежности.

Переходя къ объясненіямъ, касающимся отдѣльныхъ измѣненій, вносимыхъ въ различныя части нашего законодательства, составители законопроекта считаютъ необходимымъ сопроводить ихъ слѣдующими поясненіями.

Текстъ ст. 14, учр. Гос. Думы, выражающей начало болѣе общаго характера, чѣмъ одна только безотвѣтственность, оставленъ въ общемъ безъ измѣненій, хотя заключающееся въ этой статьѣ начало неотчетности народныхъ представителей предъ своими избирателями, по общему мнѣнію, стоитъ въ противорѣчіи съ представительнымъ строемъ. Однако, измѣненіе его не входитъ въ прямую задачу настоящаго проекта. Единственное измѣненіе этой статьи касается замѣны словъ „по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы", словами „при исполненіи обязанностей своего званія". Послѣднее выраженіе принято нашимъ законодательствомъ (ст. 286^3, 328^3 улож. о нак., ст. 22 учр. Гос. Думы) и содержится въ рядѣ иностранныхъ конституціонныхъ постановленій [1]). Оно умѣстнѣе и въ ст. 14, чѣмъ существующая нынѣ редакція, могущая подать поводъ къ различнымъ искусственнымъ толкованіямъ. На обязанности предсѣдателя Гос. Думы лежитъ наблюденіе за тѣмъ, чтобы обсужденіе происходило въ предѣлахъ поставленныхъ вопросовъ. А разъ вопросъ поставленъ на обсужденіе законодательнаго собранія, то депутатъ, высказывающійся по нему, не можетъ быть сдѣланъ отвѣтственнымъ за свои мнѣнія, хотя бы и рѣшеніе Думы по этому, не подлежащему ея вѣдѣнію, вопросу и не имѣло бы юридическаго значенія.

Въ виду указанной недостаточности опредѣленія одной ст. 14 для признанія у насъ начала такъ наз. парламентскаго иммунитета, является необходимымъ дополнить эту статью особой статьей 14^1, устраняющей отвѣтственность членовъ Гос. Думы въ судебномъ или административномъ порядкѣ за выраженныя ими сужденія и мнѣнія. Въ толкованіе этой статьи слѣдуетъ замѣтить, что отвѣтственность въ порядкѣ судебномъ охватываетъ отвѣтственность уголовную и гражданскую, а отвѣтственность въ порядкѣ администри-

---

1) См. тексты ихъ у Л. А. Шалланда, Иммунитетъ народныхъ представителей, т. II, Юрьевъ, 1913.

стративномъ—наложеніе взысканій безъ суда и дисциплинарныя взысканія. Основанія, вызывающія необходимость такого постановленія, изложены выше. Здѣсь приходится лишь замѣтить, что оно должно найти свое мѣсто въ учрежденіи Гос. Думы, такъ какъ послѣдствія признанія безотвѣтственности могутъ затрагивать различныя части нашего законодательства. Все же было бы полезно, при пересмотрѣ нашихъ уголовныхъ законовъ, внести въ самый текстъ ихъ указаніе на начало, принятое въ ст. 14^1. Изъ общаго начала безотвѣтственности за мнѣнія и сужденія едва ли представлялось бы правильнымъ сдѣлать какія-либо изъятія по роду преступныхъ дѣяній. Путь такихъ изъятій, лишенный какихъ-либо принципіальныхъ соображеній, могъ бы поколебать общее значеніе этого начала, призваннаго ограждать свободу слова въ законодательныхъ учрежденіяхъ. Однако, слѣдовало бы создать, въ формѣ особаго закона, какіе-либо способы для защиты чести и добраго имени отдѣльныхъ лицъ отъ злоупотребленій, могущихъ имѣть здѣсь мѣсто.

Выраженіе мнѣній и сужденій можетъ быть сдѣлано въ устной или письменной формѣ, въ формѣ допускаемыхъ парламентскою практикою дѣйствій, не переходящихъ, однако, въ дѣйствія насильственныя.

Въ текстѣ ст. 16 учр. Гос. Думы слѣдуетъ, въ соотвѣтствіи съ проектируемымъ требованіемъ разрѣшенія Гос. Думы на возбужденіе преслѣдованія за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей званія, отбросить ссылку на случаи, указанные въ ст. 22 того же учрежденія. Если самое возбужденіе преслѣдованія по такимъ дѣламъ ставится въ зависимость отъ Гос. Думы, то вполнѣ понятно, что и лишеніе свободы до суда не можетъ быть постановляемо безъ ея вѣдома. Въ случаѣ учиненія членами Думы должностныхъ преступленій, сама Дума будетъ заинтересована въ томъ, чтобы виновный не уклонился отъ суда.

Опредѣляя отвѣтственность членовъ Думы за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, слѣдуетъ предоставить общему собранію Гос. Думы опредѣлять, поскольку возможно для лица, осужденнаго за одно изъ такихъ преступныхъ дѣяній, сохранять званіе члена Гос. Думы. Достоинство Думы можетъ требовать, чтобы лицо, осужденное за мздоимство, подлоги по службѣ, растраты ввѣренныхъ суммъ или подобныя преступленія, учиненныя путемъ употребленія во зло высокаго званія члена Думы было лишено этого званія. Въ виду сего тре-

буется дополнить ст. 19 примѣчаніемъ, содержащимъ указаніе на это. Однако, чтобы отмѣтить, что такое выбытіе изъ состава Думы стоитъ въ зависимости отъ усмотрѣнія Думы, на вновь создаваемое примѣчаніе къ ст. 19 слѣдуетъ распространить дѣйствіе ст. 21, оговаривающей, что для признанія члена Думы выбывшимъ требуется постановленіе Думы.

Редакція ст. 22 учр. Гос. Думы измѣняется въ двоякомъ направленіи. Съ одной стороны, для того, чтобы окончательно установить, что эта статья имѣетъ въ виду лишь такія преступныя дѣянія, которыя, будучи учинены служащими, являлись бы должностными преступленіями, внесено болѣе точное выраженіе „преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей званія“, вмѣсто неяснаго выраженія дѣйствующаго права. Съ другой стороны, указано, что привлеченіе за эти преступныя дѣянія къ отвѣтственности стоитъ въ зависимости отъ постановленія Гос. Думы. По нашему праву, возбужденіе преслѣдованія нормально предоставляется начальству должностного лица или общему собранію того мѣста, къ составу котораго оно принадлежитъ. Послѣдній порядокъ принятъ для нашихъ органовъ земскаго и городского самоуправленія и, казалось бы, нѣтъ основаній отступать отъ него для Гос. Думы. Общему собранію Думы ближе всего могутъ стать извѣстными допущенныя отдѣльными ея членами служебныя злоупотребленія; оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, наиболѣе заинтересовано въ ихъ преслѣдованіи. Поставленіе возбужденія преслѣдованія въ зависимость отъ Высочайшаго усмотрѣнія, какъ то принято нынѣ, ставитъ Верховную власть въ крайнее затрудненіе. При этомъ нельзя признать правильнымъ выработавшійся на практикѣ порядокъ представленія этихъ вопросовъ на Высочайшее усмотрѣніе черезъ совѣтъ министровъ. Приравненіе членовъ Гос. Думы въ этомъ отношеніи къ высшимъ чинамъ государственнаго управленія не должно имѣть мѣста, ибо если эти послѣдніе назначаются на должности Высочайшею властью, то члены Думы избираются отъ населенія, и являются не носителями опредѣленной степени власти управленія, въ осуществленіи коей они зависятъ отъ Монарха (ст. 10 осн. зак.), а членами дѣйствующихъ въ единеніи съ Монархомъ законодательныхъ учрежденій (ст. 7 осн. зак.).

Соотвѣтственно съ признаніемъ въ ст. 22 учр. Гос. Думы указанныхъ выше положеній приходится внести нѣкоторыя измѣненія и въ учрежденіе Гос. Совѣта. Такъ, въ п. 4 ст. 68 этого учрежденія надлежитъ слова „совершенныя при исполненіи или по

поводу исполненія обязанностей, лежащихъ на нихъ по симъ званіямъ", замѣнить словами „сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія". Въ ст. 87 надлежитъ указать, что донесенія и жалобы, приносимыя противъ членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы, направляются на разсмотрѣніе Гос. Совѣта или Гос. Думы, по принадлежности. Въ ст. 88 того же учрежденія слѣдуетъ упомянуть о томъ, что утвержденныя Гос. Совѣтомъ или Гос. Думою донесенія и жалобы поступаютъ въ первый департаментъ Гос. Совѣта безъ восхожденія на Высочайшее усмотрѣніе. Наконецъ, въ ст. 26 слѣдуетъ, въ соотвѣтствіи со ст. 14 учр. Гос. Думы, слова „по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Совѣта", замѣнить словами „при исполненіи обязанностей ихъ званія". При измѣненіи ст. 26 составителями проекта было принято также во вниманіе, что распространеніе свободы сужденій и мнѣній только на выборныхъ членовъ Гос. Совѣта стоитъ, съ одной стороны, въ противорѣчіи со ст. 5 учр. Гос. Совѣта, а съ другой стороны, создаетъ неодинаковое и неудобное положеніе при обсужденіи отдѣльныхъ вопросовъ въ коллегіи, гдѣ всѣ члены пользуются одинаковымъ правомъ голоса. Въ виду сего представлялось бы желательнымъ распространить признаніе полной свободы сужденій и мнѣній, а также неразрывно связанной съ этимъ безотвѣтственности въ судебномъ и административномъ порядкѣ, на всѣхъ членовъ Гос. Совѣта, какъ по избранію, такъ и по назначенію. Въ правильности такого рѣшенія убѣждаетъ также и то, что другая сторона парламентскаго иммунитета — неприкосновенность членовъ законодательныхъ палатъ — нашла свое выраженіе въ законѣ независимо отъ различій въ порядкѣ привлеченія членовъ Гос. Совѣта къ законодательной дѣятельности (ст. 27 учр. Гос. Совѣта).

Огражденіе свободы сужденій и мнѣній членовъ законодательныхъ собраній должно сопровождаться и болѣе яснымъ выраженіемъ въ нашемъ законодательствѣ безотвѣтственности за опубликованіе парламентскихъ отчетовъ и другихъ документовъ. Нынѣ Прав. Сенатъ, основываясь на ст. 45 учр. Гос. Думы, призналъ таковую безотвѣтственность для тѣхъ лишь, кои перепечатали одобренные предсѣдателемъ Думы стенографическіе отчеты о засѣданіяхъ Думы. Требованіе точной перепечатки, являясь крайне стѣснительнымъ для печати, вмѣстѣ съ тѣмъ едва ли вызывается необходимостью. Практика странъ Запада давно распространила иммунитетъ и на отчеты измѣненные, но составленные добросовѣстно. Вмѣстѣ съ тѣмъ безотвѣтственностью должно быть покрыто не только

оглашеніе отчетовъ о засѣданіяхъ, но и опубликованіе иного рода документовъ, касающихся дѣятельности Гос. Думы и допущенныхъ къ печати предсѣдателемъ Думы, какъ-то: докладовъ, запросовъ, заявленій и пр. Въ соотвѣтствіи съ этимъ, представляется желательнымъ ввести въ учрежденіе Гос. Думы статью 45^{1}, содержащую ясно выраженное начало иммунитета парламентскихъ документовъ на основаніяхъ, изложенныхъ выше.

Признаніе особой важности для правильнаго государственнаго бытія безпрепятственной дѣятельности высшихъ государственныхъ установленій побудило законодателя издать 8 марта 1906 г. особый законъ, карающій отдѣльныя формы такого препятствованія. Двѣ статьи этого закона, при кодификаціи занявшія мѣсто ст. 328^{3} и 328^{9} улож. о нак., ограждаютъ членовъ Гос. Думы и Гос. Совѣта отъ угрозъ, насилія надъ личностью и злоупотребленій властью, направленныхъ къ недопущенію ихъ къ исполненію обязанностей ихъ званія, а также караютъ различные способы воспрепятствованія занятіямъ Гос. Совѣта и Гос. Думы. Нельзя, однако, не видѣть препятствованія правильной дѣятельности законодательныхъ учрежденій также и въ тѣхъ дѣйствіяхъ, кои направлены къ стѣсненію незаконными способами свободы сужденій и мнѣній членовъ этихъ учрежденій. Если законодатель счелъ полезнымъ оградить свободу голосованія каждаго избирателя (ст. 328^{6} улож. о нак.), то тѣмъ болѣе основаній представляется для огражденія свободы мнѣній и сужденій уже избранныхъ членовъ законодательныхъ палатъ, въ тѣсной зависимости отъ которой стоитъ и свободная подача голоса. Въ виду сего, одновременно съ признаніемъ въ болѣе ясной формѣ начала свободы и безотвѣтственности народныхъ представителей, надлежало бы дополнить уложеніе о наказаніяхъ 1885 г. новой статьей, относящейся къ тому же раздѣлу, какъ и двѣ предшествующія, которая предусматривала бы случаи незаконнаго стѣсненія свободы сужденій и мнѣній членовъ Гос. Совѣта и Гос. Думы.

Изъ способовъ такого стѣсненія наказуемыми должны быть признаны тѣ, на недопустимость которыхъ ясно указано въ законѣ. Именно, вновь устанавливаемая ст. 14^{1} учр. Гос. Думы не допускаетъ привлеченія членовъ законодательныхъ палатъ къ отвѣтственности въ судебномъ или административномъ порядкѣ. Отсюда преступнымъ должно быть признано наложеніе какихъ-либо взысканій въ судебномъ или административномъ порядкѣ за высказанныя сужденія и мнѣнія. Наряду съ этимъ должно быть упомянуто и лишеніе свободы, которое можетъ быть примѣняемо до суда въ

качествѣ мѣры задержанія или пресѣченія. Виновными въ этомъ дѣяніи могутъ быть начальства, административныя власти, лица судебнаго вѣдомства, налагающія наказанія или взысканія по суду, въ дисциплинарномъ или въ административномъ порядкѣ. При этомъ представляется необходимымъ оговорить, что таковыя взысканія или лишеніе свободы не могутъ быть налагаемы и по окончаніи срока полномочій членовъ законодательныхъ учрежденій, въ виду того, что даже угроза возможностью такой отвѣтственности въ будущемъ была бы въ равной мѣрѣ способомъ противозаконнаго стѣсненія. Въ виду важности такихъ преступныхъ дѣяній, а также въ соотвѣтствіи съ размѣрами наказаній, установленныхъ для другихъ видовъ нарушенія безпрепятственной дѣятельности законодательныхъ учрежденій (ст. 328^8 и 328^9 улож. о нак.), наказаніе за нихъ могло бы быть опредѣлено въ размѣрѣ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленій на время отъ $1\frac{1}{2}$ года до двухъ лѣтъ. Къ новому виду должны соотвѣтственно найти примѣненіе общія постановленія, касающіяся всей восьмой главы раздѣла IV улож. о нак., т. е. прим. къ ст. 204 уст. уг. суд., опредѣляющее подсудность этихъ дѣяній окружному суду съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, и ст. 1101^1 уст. уг. суд., указывающая, что дѣла объ этихъ дѣяніяхъ, если они учинены служащими, возбуждаются въ общемъ порядкѣ судопроизводства съ преданіемъ виновныхъ суду безъ участія ихъ начальства.

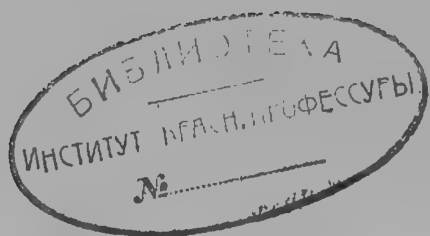
Признавъ въ ст. 22 учр. Гос. Думы отвѣтственность членовъ Думы (и Гос. Совѣта) за преступныя дѣянія, сопряженныя съ нарушеніемъ обязанностей ихъ званія, слѣдуетъ указать, какія изъ преступныхъ дѣяній по службѣ государственной и общественной (раздѣлъ V улож. о нак.) могутъ найти себѣ примѣненіе въ отношеніи членовъ законодательныхъ палатъ. Здѣсь приходится, несмотря на устарѣлость постановленій уложенія о наказаніяхъ, оставаться на почвѣ дѣйствующаго законодательства, такъ какъ введеніе постановленій уголовнаго уложенія 1903 г. въ соотвѣтственной части, или созданіе особыхъ карательныхъ нормъ не могло бы не усложнить значительно нашего дѣйствующаго права и не породить ряда затрудненій на практикѣ. Выборъ отдѣльныхъ статей, могущихъ имѣть примѣненіе къ членамъ Гос. Совѣта и Гос. Думы, долженъ быть произведенъ самимъ законодателемъ, а не судебной практикой (какъ то обстоитъ хотя бы по отношенію къ отвѣтственности присяжныхъ засѣдателей за преступленія, сопряженныя съ нарушеніемъ ихъ обязанностей) въ виду необходимости точно опре-

дѣлить предѣлы этой отвѣтственности. При выборѣ этихъ статей слѣдуетъ имѣть въ виду, что члены Гос. Думы и Гос. Совѣта могутъ избираться на различныя должности въ соотвѣтственныхъ учрежденіяхъ, по которымъ на нихъ могутъ лежать различныя служебныя обязанности. Въ огражденіе правильнаго исполненія этихъ обязанностей надлежало бы распространить на членовъ Думы и Совѣта ст. 351—360 о противозаконныхъ проступкахъ при храненіи и управленіи ввѣреннаго по службѣ имущества, ст. 361, 362, 364 о подлогахъ по службѣ, ст. 372—378, 380—382 о мздоимствѣ и лихоимствѣ, и ст. 387 объ участіи въ занятіяхъ присутственнаго мѣста послѣ устраненія или отвода.

Наконецъ, въ виду непримѣнимости къ членамъ законодательныхъ собраній многихъ изъ взысканій, опредѣленныхъ въ ст. 65 за преступленія и проступки по службѣ, надлежитъ установить для нихъ правила замѣны этихъ взысканій другими по примѣру замѣны, установленной для желѣзнодорожныхъ служащихъ (ст. 87[1] улож. о нак. прод. 1906 г.), Изъ перечисленныхъ въ ст. 65 взысканій, взысканія, указанныя въ п. 4, 7—9, могутъ быть сохранены, какъ примѣнимыя и къ членамъ Гос. Совѣта и Гос. Думы, занимающимъ должности въ сихъ учрежденіяхъ.

Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, въ соотвѣтствіи съ принятымъ въ проектѣ обозначеніемъ преступныхъ дѣяній, сопряженныхъ съ нарушеніемъ обязанностей званія, слѣдуетъ измѣнить редакцію ст. 1076.

10 марта 1913 г.



УКАЗАТЕЛЬ

лицамъ, выступавшимъ въ засѣданіяхъ Общества,

съ обозначеніемъ начальныхъ страницъ ихъ рѣчей.

Жирнымъ шрифтомъ отпечатаны начальныя страницы докладовъ и сообщеній.

Цѣна 1 руб. 50 коп.

Адресъ редакціи: Захарьевская 25, кв. 12.

Складъ изданія въ Юридическомъ Книжномъ Складѣ «Право»
(СПБ., Литейный пр., 28).